# Die Einheit der Rechtsprechung

Dissertation
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Hansischen Universität Hamburg

vorgelegt von

Ernst Warnholtz
aus Hamburg

---

Hamburg 1937

Gutachter: Prof. Dr. Sieverts

Mitgutachter: Prof. Dr. Laun

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Tag der mündlichen Prüfung: 1. Juli 1937

Druck: A. Preilipper, Hamburg 11, Admiralitätstr. 16 / Fernruf 36 50 89

## Inhaltsverzeichnis:


Seite

Vorbemerkung: Die Stellung der Aufgabe .. .. .. .. .. .. .. .. 7

Erstes Kapitel: Wie kommen divergierende Entscheidungen zustande? .. .. .. 7

A. Das Ziel für die Entscheidung, die Findung des Rechts .. .. .. .. .. 7

I. Der Begriff des Rechts .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 7
Die Entwicklung des Begriffes durch die Aufklärung und nach der französischen Revolution. — Der nationalsozialistische Rechtsbegriff.

II. Das Gesetz und seine Stellung zum Recht .. .. .. .. .. .. .. 10
Der Begriff des Gesetzes. — Die Beziehung zum Recht vor der Machtübernahme. — Die heutige Anschauung über das Verhältnis Recht—Gesetz.

B. Die Tätigkeit zur Findung des Rechtes .. .. .. .. .. .. .. .. 12

I. Die Feststellung des Sachverhaltes .. .. .. .. .. .. .. .. 12

II. Die Anwendung des Gesetzes auf den Fall .. .. .. .. .. .. .. 12

C. Die Unmöglichkeit, eine natürliche Rechtseinheit zu erhalten, und die Notwendigkeit einer künstlichen Herstellung .. .. .. .. .. .. .. .. .. 13

I. Das Interesse der Parteien und des Angeklagten an der Berechenbarkeit der Entscheidung .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 13

II. Das Interesse des Staates an einer einheitlichen Rechtsprechung als Folge geordneter Staatsapparate .. .. .. .. .. .. .. .. .. 13

III. Das Abwägen der positiven und negativen Argumente einer einheitlichen Rechtsprechung .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 14

Zweites Kapitel: Die öffentlich-rechtlichen Grundlagen der Lösung .. .. .. 14

A. Die Gebundenheit der Lösung in der Staatsverfassung .. .. .. .. .. 14

B. Der Versuch des liberalistischen Staates .. .. .. .. .. .. .. .. 15

I. Die Entwicklung der Staatslehre bis zur Lehre von der Gewaltenteilung 15

II. Die Lehre Montesquieus .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 15
Die zugrunde liegende Vertragstheorie. — Das durch die Konstruktion der Gewaltenteilung erstrebte Ziel.

C. Die nationalsozialistische Auffassung .. .. .. .. .. .. .. .. 16

I. Die zugrunde liegende Lehre vom Staat .. .. .. .. .. .. .. 16

II. Die Zweckunterworfenheit der Funktionenaufteilung .. .. .. .. .. 16

D. Das Ineinandergreifen der Funktionen der Legislative und Justiz im Staate als natürliche Ergänzung der Aufgabenerfüllung .. .. .. .. .. .. 18

Drittes Kapitel: Die historischen deutschen Lösungsversuche .. .. .. .. .. 19

A. Der Lösungsversuch des ausgehenden römischen Kaiserreiches .. .. .. .. 19

B. Die Lösungsversuche im mittelalterlichen Ständestaat .. .. .. .. .. 19

I. Die Lösungen im Kampf des Kaisers gegen die Reichsstände .. .. .. 19
Im Reichskammergericht. — Im Oberappellationsgericht Kassel, Jena, Hannover, Bayern.

II. Die Lösung im absoluten Staat Friedrichs des Großen .. .. .. .. 19

C. Die Lösungen im liberalistischen Staat bis zum Entwurf des GVG. .. .. 21

I. Der Kassationshof in Preußen .. .. .. .. .. .. .. .. .. 21
Die Ziele seiner Errichtung. — Die Kabinettsordern von 1832 und 1836. — Die Änderungen 1846 und 1849. — Die Regelung beim Reichsoberhandelsgericht.

Seite

Viertes Kapitel: Die Stellung und Aufgabe des Reichsgerichts im Rahmen des GVG. 22

A. Die öffentlich-rechtlichen Grundlagen für die Stellung des Reichsgerichts im Rahmen des GVG. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 22

I. Die liberalistischen Tendenzen .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 23
Die Vorherrschaft der Nationalliberalen. — Die Tendenzen für eine liberalistische Gesamtverfassung.

II. Die Einheitstendenzen .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 23

III. Die föderalistischen Tendenzen .. .. .. .. .. .. .. .. .. 23

B. Die prozeßrechtliche Lösung durch das GVG. .. .. .. .. .. .. .. 23

I. Die Argumente für die Einheitsinstanz .. .. .. .. .. .. .. .. 24
Die Ansicht Silberschmidts. — Die Auffassung der Motive.

II. Die Argumente für die Parteiinstanz .. .. .. .. .. .. .. .. 24
Die Ansicht Sonnenschmidts. — Die Ansicht Pagendarms.

III. Die Zwitterstellung des Reichsgerichts .. .. .. .. .. .. .. 25
Die Auffassungen von Syring und Kurlbaum. — Die eigene Auffassung. — Die Praxis des Reichsgerichts.

Fünftes Kapitel: Die Lösung seit dem Inkrafttreten des GVG. .. .. .. .. 26

A. Die geschichtliche Entwicklung von 1871 bis 1935 .. .. .. .. .. .. 26

B. Die Auslegung der in der geltenden Regelung enthaltenen Begriffe und Definitionen .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 28

I. Die Abhängigkeit der Bestimmungen von der Gesamtstellung des Reichsgerichts in dem GVG. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 28

II. Das Verfahren zur Herbeiführung einer Gesamtentscheidung .. .. .. 28

III. Der Begriff der „Rechtsfrage" .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 29
Die Definition Mannheims. — Die Auffassung Schwinges. — Die eigene Ansicht.

IV. Die Frage nach der grundsätzlichen Bedeutung .. .. .. .. .. .. 30
Die Regelung im Reichsfinanzhof. — Die Definition für das Reichsgericht.

V. Das Merkmal „Entscheidung" .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 31

VI. Das Merkmal „Abweichen" .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 31
Das gestattete Abweichen von eigenen früheren Entscheidungen. — Wann liegt die „gleiche Rechtsfrage" vor? a) bei gleichem Wortlaut im gleichen, aber geänderten Gesetz, b) bei gleichem Wortlaut und verschiedenem Gesetz.

VII. Die innerdienstliche Anfrage .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 32

VIII. Die fehlerhafte Praxis des Reichsgerichts bezüglich der Differenzierung der Gründe .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 32

IX. Die fehlerhafte Praxis des Reichsgerichts bei Erkennen des unvorschriftsmäßigen Abweichens eines anderen Senats .. .. .. .. .. .. .. 33

X. Das Merkmal „anderer Senat" .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 33
Die Numerierung als Kennzeichen. — Die Übernahme einer Materie. — Der Wechsel im Senatsvorsitz. — Die Behandlung aufgehobener Senate.

C. Die Unklarheit der heutigen Lösung und ihre Ursachen .. .. .. .. .. 34

Seite

Sechstes Kapitel: Die Kritik an der heutigen Lösung .. .. .. .. .. .. 34

A. Die Lösungsversuche vom Grundsätzlichen aus .. .. .. .. .. .. .. 34

I. Die Reformvorschläge Adickes' .. .. .. .. .. .. .. .. 34
Die Verkleinerung der gesamten Gerichtsorganisation durch Erweiterung der Einzelrichterzuständigkeit. — Die Lösung durch Verkleinerung des Reichsgerichts ohne Verminderung der Zuständigkeit.

II. Die Reformvorschläge zur Klarstellung der Stellung des Reichsgerichts .. 35
Die Vertreter der Rechtseinheitsinstanz. — Die Vertreter der Oberberufungsinstanz. — Die Kritik an der Praxis des Reichsgerichts.

B. Die organisatorischen Vorschläge .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 36
I. Die Überlastung des Reichsgerichts .. .. .. .. .. .. .. .. 36
II. Die Angriffe gegen die plutokratische Revisionsgrenze .. .. .. .. 37

C. Die Vorschläge, die dem Reichsgericht gerichtsfremde Aufgaben zuweisen .. 38

Siebentes Kapitel: Die außerdeutschen, kontinentalen Lösungsversuche .. .. .. 39

A. Die Regelung im totalen Staat (Italien) .. .. .. .. .. .. .. .. 39

B. Die Ideen in den Staaten der Gewaltentrennung .. .. .. .. .. .. 40
I. Die österreichische Regelung .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 40
II. Die tschechische Regelung .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 40
III. Die polnische Regelung .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 41
IV. Die ungarische Regelung .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 41

C. Die Lösung von der Legislative her .. .. .. .. .. .. .. .. .. 41
I. Die französische Regelung .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 41
II. Die kritische Würdigung dieser Lösung .. .. .. .. .. .. .. .. 42
III. Die belgische Regelung .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 42

D. Die Brauchbarkeit der Lösungen für eine deutsche Lösung .. .. .. .. .. 43

Achtes Kapitel: Die Lösung des anglo-amerikanischen Rechtskreises .. .. .. 44

A. Die historische Entwicklung der Stellung der Justiz in England .. .. .. 44

B. Das Wesen des Präjudiziensystems .. .. .. .. .. .. .. .. .. 44

C. Das System zur Vermeidung divergierender Entscheidungen .. .. .. .. 45
I. Die grundsätzliche Lösung .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 45
II. Die Praxis und die Durchbrechung des Grundsatzes in der Praxis .. .. 45
III. Die anerkannten Ausnahmen .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 46

D. Kritik an dem System und seine Verwendbarkeit für eine deutsche Regelung .. 46
I. Die Kritik am Grundsätzlichen .. .. .. .. .. .. .. .. .. 47
II. Die mögliche Umarbeitung auf deutsche Verhältnisse .. .. .. .. .. 47
III. Die Kritik an der Praxis des Systems .. .. .. .. .. .. .. .. 48

Neuntes Kapitel: Das American Law Institute, seine Arbeit und Aufgaben .. 48

A. Die Geschichte des ALI. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 48

B. Das Ziel der Arbeit des ALI. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 49
I. Die Beschränkung der geltenden Präjudizien auf die wertvollen Urteile .. 49
II. Die Sichtung neu ergehender Entscheidungen und deren Beeinflussung im Sinne der „Restatements" .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 50

C. Die Auswirkung der Arbeit des ALI. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 50
I. Mitgliederzahl, Mitarbeiterzahl .. .. .. .. .. .. .. .. .. 51
II. Art und Inhalt der Veröffentlichungen .. .. .. .. .. .. .. .. 51

Zehntes Kapitel: Der eigene Lösungsversuch .. .. .. .. .. .. .. .. 51

A. Die grundsätzlichen Voraussetzungen der Lösung in einem kurzen Rückblick auf die Arbeit dargestellt .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 51

B. Die Lösung in der Akademie für Deutsches Recht .. .. .. .. .. .. 52
I. Das Wesen und die Aufgabe der Akademie für Deutsches Recht .. .. .. 52
II. Die organisatorischen Bedingungen der Lösung .. .. .. .. .. .. 53

C. Schlußbetrachtung .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. .. 54

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548104_0049

### Vorbemerkung: Die Stellung der Aufgabe.

Es erscheint auf den ersten Blick eine überflüssige Aufgabe, einen Weg zu einer einheitlichen Rechtsprechung zu suchen.

Man könnte glauben, daß durch das gleiche Gesetz und die einheitliche und gründliche Ausbildung des Richterstandes eine Rechtseinheit gewährleistet sei, aber eine kurze Untersuchung der Urteilselemente lehrt schon das Gegenteil.

## Erstes Kapitel: Wie kommen divergierende Entscheidungen zustande?

### A. Das Ziel für die Entscheidung, die Findung des Rechts.

Voraussetzung zur Untersuchung der Möglichkeit, eine Einheit in der Rechtsprechung herzustellen, ist die Erkenntnis und Analyse dieser Aufgabe. Der Richter hat die Aufgabe, Recht zu sprechen, und daher ist das Ziel aller Richtertätigkeit die Findung des Rechts.

#### I. Der Begriff des Rechts.

Die Entwicklung des Begriffes durch die Aufklärung und nach der französischen Revolution. – Der nationalsozialistische Rechtsbegriff.

Recht ist aber ein Begriff, der im Wandel der Zeiten und bei den verschiedenen Völkern eine unterschiedliche Auslegung erfahren hat.

Bis zum Eindringen der nominalistischen Geisteslehre wurde das Recht als etwas Göttliches angesehen, durch das die gottgewollte irdische Ordnung erhalten blieb; das irdische Recht wird als Ausdruck der kosmischen Rechtsordnung, als verbindender Teil der Gesamtordnung angesehen[1].

Der Mensch steht daher auch nicht als einzelner, sondern als Glied eines genossenschaftlichen Rechtskreises im Rechtssystem. Aus der einheitlichen Schau des Rechts, als Ausfluß der göttlichen Weltordnung, wird auch Ziel und Sinn des Rechts nach den religiösen Vorschriften ausgerichtet[2].

Die Lehre des Nominalismus schlug die ersten Breschen in den transzendentalen, religiösen Rechtsbegriff; sie erhielt aber erst in der Beschränkung der kirchlichen Macht durch die Reformation eine größere Bedeutung, vor allem, weil die politische Entwicklung der Reformation die evangelische Kirche zwang, im Rahmen der Organisation als Landeskirchen das staatliche Recht anzuerkennen, eine Tatsache, die dem alten religiös-transzendentalen Rechtsbegriff großen Abbruch tat.

---

[1] Vgl. v. Hippel, Die Krise des Rechtsgedankens.
[2] Vgl. Cornelius, in DR. 34/103.

Es wandelte sich die Bedeutung des Religiösen im Recht; es galt nach der Reformation nicht mehr als das Wesen des Rechts, sondern nur noch als sein Ursprung, eine Wandlung, die der Herrschaft des Individualismus weiterhin förderlich war[3].

So entstand das Naturrecht des liberalen Zeitalters nicht mehr um einen göttlichen, metaphysischen Mittelpunkt, sondern um das Individuum herum. Nur deswegen gelang auch die Rezeption des individualistisch orientierten römischen Rechts der Rezeptionszeit, das das in Gemeinschaften denkende altdeutsche Recht ablöste.

Das Naturrecht stand daher vor der Aufgabe, eine Rechtsordnung um das Individuum herum aufzubauen. Die Rechtfertigung des Staates versuchte sie durch die Vertragstheorie zu finden – durch die die Berechtigung aller Gemeinschaften gefunden werden mußte. Es gelang ihr aber keineswegs, den schrankenlosen Individualismus zu bannen, vielmehr nahm der Persönlichkeitskult immer mehr überhand, so daß der Gemeinschaftsbegriff und die Gemeinschaftsidee mehr und mehr ausgehöhlt wurden und keine Bedeutung mehr beanspruchen konnten.

Dieser Auflösung des gesamten Rechtsdenkens trat die historische Schule entgegen, die wieder die Gebundenheit des Rechts in metaphysischen Bereichen erkannte. Gierke[4] findet die natürliche Erklärung dieser Schule in folgenden Sätzen: „Die Wandlung der Rechtsansicht war ja nur ein Teilvorgang in der allgemeinen Ideenwandlung, die das stolze Lehrgebäude des Rationalismus schon untergraben hatte. Seitdem dann die Probe aufs Exempel mißlungen und damit der Bankrott des Vernunftrechts offenbar geworden war, brach die Idee des geschichtlichen Rechts mit elementarer Gewalt hervor"; ohne aber die Weitergeltung und Weiterentwicklung der naturrechtlichen Lehre zur positivistischen hindern zu können, müssen wir heute bei dieser Rückbetrachtung hinzufügen.

Als letzten Schritt der Überwindung des mittelalterlichen Rechtsbegriffes sieht v. Hippel[5] diese Entwicklung des Naturrechts an, die im Positivismus und Marxismus endet, wobei aber seiner Begründung nicht in vollem Umfang zugestimmt werden kann.

Der Positivismus ist im Rahmen des liberalistischen Staates als Schutzwand des Individuums gegen die tatsächlich nicht zu leugnende Überlegenheit des Staatsapparates aufzufassen. Ist es dem Staat nicht verwehrt, schrankenlos, d. h. ohne gesetzliche Grundlage in die Interessensphäre des Bürgers einzugreifen, so ist der „Willkür" Tür und Tor offen. Ob aus den Notwendigkeiten der Gemeinschaft ein Eingriff geboten war, entschied nicht die Rechtmäßigkeit dieses Eingriffes, sondern, ob die Sphäre des Individuums insoweit gesetzlich eingeschränkt war[6].

M. E. haben allein diese Zweckerwägungen im Hinblick auf die Stellung des Bürgers als Mittelpunkt liberalistischen Denkens dem Positivismus zum Siege verholfen.

---

[3] Eine Entwicklung, die ihre wesentlichste Unterstützung in der Aufklärung gefunden hat.

[4] Die historische Rechtsschule und die Germanistik. S. 5.

[5] In: Die Krise des Rechtsgedankens.

[6] Freisler weist in DJ. 35/1160 andererseits auch die Notwendigkeit des Positivismus für eine weltanschaulich-individualistisch zerrissene Justiz nach.

Über die Verwendbarkeit der positivistischen Rechtslehre wird unten noch bei der Betrachtung des Verhältnisses Recht – Gesetz zu sprechen sein.

Der historischen Rechtsschule kommt das Verdienst zu, die Quelle des Rechts wieder im Metaphysischen gefunden zu haben. Der von Gierke[7] als entscheidende Erkenntnis der historischen Schule geprägte Satz hat ohne Frage auch heute noch seine Berechtigung: „In Fleisch und Blut ist uns die Erkenntnis übergegangen, daß das Recht ein geschichtliches Erzeugnis des menschlichen Gemeinschaftslebens, sein Werden ein Teil des Kulturlebens[8] ist, sein jeweiliger Zustand durch die stete Wechselwirkung zwischen seiner ordnenden Kraft und den in allen anderen Funktionen des Gesetzesorganismus lebendigen Kräften bedingt und bestimmt ist."

Die historische Schule hat sich mit dieser Erkenntnis begnügt, ohne zu fragen, woher diese lebendigen Kräfte kommen. Die Vertiefung der Lehre der historischen Schule bringt die Lehre des Nationalsozialismus, die die tragenden und treibenden Kräfte der Kulturentwicklung in der Rasse erkannt hat.

Schraut[9] definiert als nationalsozialistischen Rechtsbegriff: „Recht ist die blutsmäßig gebundene Vorstellung des Richtigen." Es ist aber wohl als eine einseitige Überbewertung der rassischen Grundlage des Rechtsbegriffes anzusehen, wenn Schraut ausschließlich auf diese abstellt. Es muß vielmehr in der historischen Entwicklung im Rahmen des Staates eine außerordentlich starke Wurzel des Rechtsbegriffes gesehen werden[10] Daß sie nicht die einzige ist und das rassische Bewußtsein vom Recht eine weitere Quelle des Rechtsbegriffes darstellt, lehrte die Zeit des Weimarer Staates, wo eine konsequent aus der historischen Entwicklung heraus erfolgende Gesetzgebung keine Rechtsüberzeugung hervorrufen konnte, weil sie die rassische Bedingtheit des Rechts außer acht ließ.

Frank formuliert den Rechtsbegriff im Einklang mit der hier gefundenen Synthese[11]: „Recht ist Ausfluß des Kulturwillens einer ganz bestimmten Rasseseele." Zwei Momente bestimmen also das Wesen des Rechts: die Rasse als Grundlage allen Kulturschaffens und der Kulturwille, der in der historisch gebundenen Gemeinschaft entsteht[12]. Die Gemeinschaftsbedingtheit des Rechtsbegriffes verlangt als Ziel der Rechtsanwendung nicht das Wohlergehen eines einzelnen, sondern die Leistung für die Gemeinschaft[13].

---

[7] a. a. O. S. 7.

[8] Siehe auch Frank in DR. 33/2.

[9] In: DR. 34/37.

[10] Die Parallele findet sich im Staatsrecht. Genau so wie das Zusammenleben einer Rasse für sich allein nicht ein Volk bildet, sondern erst der historische Kampf einer rassisch verwandten Menschengruppe diese zu einem Volk zusammenzwingt, so muß auf der rassischen Grundlage auch die Rechtsgeschichte volkhaft erst ein Recht aufbauen. – Vgl. Huber, S. 57. –

[10a] Huber weist in diesem Zusammenhang – „Verfassung", S. 55 – auf die Konstruktion des französischen und italienischen Volksbegriffes hin, in denen nur das historisch-staatliche Moment anerkannt wird.

[11] Frank in DR. 33/2.

[12] Frank in seiner Rede in Weimar am 3. 5. 1934: „Wir bauen auf auf den ewigen Sätzen unserer völkischen Notwendigkeit und nicht auf den Beschlüssen einer gegenwärtigen Machtlage. Die Seele unseres Rechtslebens soll wieder zurückgeführt werden auf die Gemüts- und Geistesbasis allgemeiner Volksüberzeugung. Unser Recht soll der Allgemeinheit dienen und nicht dem Individuum."

[12a] Huber definiert a. a. O. S. 152: „Recht ist Gemeinschaftsrecht, dessen höchster Wert das Leben des Volkes und der Ausbau seiner Kräfte ist."

[13] Siehe hierzu Schöne in AöR. 25/245 ff.

Ziel und Aufgabe des Rechts ist nicht nur die Friedens- und Ordnungsstiftung im Staat, die Vermeidung von Zwistigkeiten und die Feststellung und Bestrafung von Friedensbrechern, sondern die Aufgabe des Rechts geht über diese „negativen Funktionen" hinaus auf eine Lenkung zum Guten und damit auf eine Besserung des Gemeinschaftslebens aller Volksgenossen[14].

Die Aufgabe liegt im Rahmen der Staatsaufgaben, ihre Erfüllung muß durch den Staat erfolgen.

## II. Das Gesetz und seine Stellung zum Recht.

Der Begriff des Gesetzes. – Die Beziehung zum Recht vor der Machtübernahme. – Die heutige Anschauung über das Verhältnis Recht – Gesetz.

Zwei Möglichkeiten hat der Staat, die Rechtsaufgaben zu verwirklichen. Er kann durch allgemeine Anordnungen die Grenze zwischen erlaubten und verbotenen Handlungen ziehen, und er kann in jedem Fall der Störung des Rechtsfriedens diese Grenze aufrichten.

Durch das Gesetz – ohne daß dieser Begriff hier die gleiche, enge Definition wie im öffentlichen Recht erfahren soll – verwirklicht er die erste, durch die Arbeit des Richters die zweite Möglichkeit; beide Arbeiten erstreben das gleiche Ziel und bedienen sich durchaus verwandter Mittel[15].

Man hat oft versucht, die beiden Funktionen in ein Verhältnis der Über- und Unterordnung zu bringen, etwa daß das Gesetz der allein maßgebende Faktor sei und der Richter nur sklavisch den Gesetzesbefehl auszuführen habe[16]. Die Engländer entwickelten das System, daß der Richter durch vorhandene Präjudizien gezwungen werde, die vom Gesetzgeber erlassenen Anordnungen außer acht zu lassen und u. U. entgegen diesen seine Entscheidung für den Einzelfall zu treffen und das Richterrecht damit über das Gesetzesrecht zu stellen[17]. Beide Systeme verkennen die Arbeitsverschiedenheit der Aufgabenträger.

Es ist im Gesetz unmöglich, sämtliche Fälle, die das Leben dem Richter vorlegt, abstrakt vorher zu entscheiden. Selbst wenn das Gesetz mit einer so vollendeten Kasuistik aufgebaut worden wäre, daß alle vor den Richter gelangenden Fälle umfaßt wären, so müßte doch für jedes Urteil der Richter seine eigenen Entscheidungen hinzutun[18], denn die persönlichen Verhältnisse des Falles, die oft eine entscheidende Bedeutung für das Urteil haben, kann kein Gesetzgeber voraussehen, ohne sie kann aber kein gerechtes Urteil gefunden werden[19], das Gesetz an sich kann also noch nicht das Recht schlechthin genannt werden[20] [21].

---

[14] Nicolai umschreibt die Aufgaben des Rechts in DR. 34/74 wie folgt: „Das Recht hat aber in Wahrheit zwei Elemente des gleichen Wesens: 1. Jedes Recht hat die Aufgabe, Ordnung zu schaffen, 2. diese Ordnung muß der ewigen Rechtsordnung gerecht werden.

[15] Frank in DR. 33/2 und Müllereisert in LZ. 33/985 weisen mit Recht darauf hin, daß das Gesetz nicht als Statik im Gegensatz zum Recht als Dynamik im Rechtsleben gekennzeichnet werden dürfe, denn auch das Gesetz ist den ewigen dynamischen Wandlungen allen Rechts unterworfen.

[16] Huber in GS. 80/187: „Jedes Gesetz, auch das beste, muß den Mangel haben, daß es ihm unmöglich ist, alle Fragen des Rechts erschöpfend zu regeln."

[17] Siehe hierzu de Boor, a. a. O. S. 25/26.

[18] Siehe hierzu Rumpf in „Gesetz und Richter", S. 59 f.

[19] Auf die Lebenserfahrung und nicht auf die juristische Begründung stellt auch Rosenthal, a. a. O., in erster Linie ab.

[20] Müllereisert weist in „Die Dynamik des revolutionären Staatsrechts, des

Es würde zu einer großen Unsicherheit in der Rechtsprechung führen, wenn jeder Richter die Entscheidung über das, was recht ist, ohne Anhaltspunkte durch das Gesetz treffen sollte[22]. Es würde eine absolute Gleichheit und Sicherheit der gesamten Richterschaft in den grundsätzlich weltanschaulichen Fragen vorauszusetzen sein, eine Forderung, die kaum erreichbar scheint[23]. Ohne die allgemeinen Richtlinien der Gesetze kann also der Staat das Recht gleichfalls nicht durchsetzen. Recht und Gesetz müssen sich also grundsätzlich decken. Diese Ausführungen tragen schon die Ablehnung der Anwendung der in ihrem Wesen bereits oben verurteilten Lehre des Positivismus in sich. Das Gesetz muß sich auf die Aufstellung genereller Merkmale beschränken[24] und die Einzelentscheidung dem Richter überlassen, der nach genauester Abwägung der einmaligen Punkte jedes Falles seine Entscheidung fällt. Der Richter muß insoweit notwendig neben dem Gesetz Entscheidungen treffen, um ein gerechtes Urteil finden zu können.

Die Möglichkeit, durch das Gesetz allein – rein positivistisch – zu einer gerechten Lösung zu kommen, charakterisiert Börngen[25] folgendermaßen: „Durch Jahrhunderte hatte man die Tätigkeit des Richters als eine intellektuell-mechanische angesehen. Das Gesetz war der Automat, der die Entscheidung jedes einzelnen Falles in sich barg. Der Jurist wurde gelehrt, die richtige Münze zu finden und in den Apparat einzuwerfen, dann sei die richtige Entscheidung da." Bei näherer Betrachtung fand man, daß auch innerhalb des Gesetzes erst die Kunst des Richters die Entscheidung schafft[26] [27].

Wobei die Wahl der Mittel, mit der eine geistig logische Entscheidung erfolgen sollte, wiederum durch nichtgeistige Mittel, nämlich das pflichtgemäße Ermessen, erfolgte. Börngen[28] sagt hierzu: „Ob der Richter im einzelnen Fall ausdehnend oder einengend auslegen, ob er zur Gesetzesanalogie schreiten soll oder nicht, alles stellt ihm die Logik völlig frei."

Damit ist der Versuch des Positivismus, mit den Mitteln der Gesetzeserweiterung auf sogenannt logischem Wege, die Lehre den Angriffen der Praxis gegenüber zu halten, als gescheitert anzusehen[29], weil diese Erweiterung bereits die Einführung nichtlogischer Elemente in die Urteilstätigkeit vornimmt und Rechtsquellen außerhalb des Gesetzes mit zur Grundlage der Entscheidung macht[30] [31].

---

Völkerrechts und des Gewohnheitsrechts" ganz mit Recht darauf hin, daß das Gesetz gleichfalls Ausfluß herrschenden Rechts, nicht aber eine „Rechtsquelle" ist, durch die Recht entsteht.

[21] Llewellyn weist in JW. 32/556 auf die gleichen Erkenntnisse im Rechtsleben der USA. hin, wo die jüngere Richtung der Rechtspraktiker ebenfalls vom Positivismus abgekommen sei. – Drost in „Das Ermessen des Strafrichters", S. 18: „Die Gesetzmäßigkeit ist nur ein Indiz für die Rechtmäßigkeit eines Urteils."

[22] Siehe hierzu Freisler in VerwAk. I, 2, 17.

[23] Siehe auch Schneider in DRZ. 32/100 u. Schmitt in DR. 33/201; Wunderlich in DJZ. 34/10.

[24] Grohé in DR. 34/79: „Gesetzbücher sind nur dazu da, das, was aus dem Volksempfinden geboren ist, zu formulieren, damit der Einzelne Richtlinien hat, nach denen er sich richten kann."

[25] In „Reformbestrebungen", S. 8.

[26] Zur Geschichte des Kampfes gegen den Normativismus vgl. Sauer in JW. 32/3739.

[27] Im Ergebnis zustimmend auch Schwister in DJZ. 34/1429.

[28] a. a. O. S. 9.

[29] Levin widerlegt in DRZ. 30/325 überzeugend Endemann, der die gegenteilige Auffassung vertreten will.

[30] C. Schmitt führt in DR. 34/226 den Bankrott des Positivismus auf das Ende

Es ist also festzustellen, daß Gesetz und Recht sich nicht vollkommen decken, sondern daß außerhalb des Gesetzes Rechtsquellen bestehen, deren Geltung nicht zu leugnen ist[32] und deren Verwertung und Verwirklichung allein dem Richter obliegt. Börngen[33] findet folgende Formulierung für die Stellung des Richters zum Gesetz: „Der Richter muß dem Gesetz unterstehen. Er hat das Recht zu finden, aber nicht zu erfinden." Die Gebundenheit des Richters an die gesetzgeberischen Grundsätze ist nicht als sklavische Unterwerfung zu verstehen, sondern als Richtschnur für das Ermessen des Richters bei Ausfüllung der notwendig bestehenden Gesetzeslücken[34 35 36 37]. Das Verhältnis des Gesetzes zum Recht ist als das zweier sich überschneidender Kreise anzusehen. Der Gesetzgeber kann formell Rechtsnormen festsetzen, die dem Recht widerstreiten, andererseits gibt es – wie wir sahen – auch außerhalb des Gesetzes ein Recht.

## B. Die Tätigkeit zur Findung des Rechtes.

Betrachten wir den Weg, den der Richter bis zur Urteilsfindung zurücklegt, so hat er zuerst den Sachverhalt, d. h. das, was wirklich tatsächlich geschehen ist, zu bestimmen[38].

### I. Die Feststellung des Sachverhaltes.

Diese Aufgabe ist gesetzlich nicht zu fixieren. Die Bewertung der Menschen, die streiten oder den Rechtsfrieden gestört haben, kann nicht mit den Mitteln der Erkenntnis allein erfolgen, sondern das Gefühl des Richters, seine Erfahrung u. a. m. sind die wesentlichsten Momente der Sachverhaltsfeststellung, die der ganzen rechtlichen Beurteilung zugrunde liegen, die gewissermaßen das Fundament der Entscheidung darstellen.

### II. Die Anwendung des Gesetzes auf den Fall.

Wie neben den geistig-logischen Elementen auch Wertungen bei der Gesetzesanwendung mitwirken, zeigte schon die Untersuchung über das Verhältnis des Gesetzes zum Recht. Darüber hinaus ist aber in vielen Fällen im Gesetz selbst

---

der geistesgeschichtlichen Grundlagen dieser Lehre zurück, ohne auf ihre praktischen Fehler einzugehen.

[31] Auch Schwinge kommt in „Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht" zu dem Ergebnis, daß die rein logische Arbeit dem Richter noch nicht zum Urteil verhilft, sondern daß auch nichtgeistig-logische Elemente die Entscheidung mit tragen. Teleologisch richtig ist nach Schwinge die Entscheidung, die auf den Zweck des Gesetzes abstellt und die gesamte logische und wertende Richterarbeit als ein zweckentsprechendes Handeln erkennen läßt. Die Teleologik ist also nicht positivistisch, abstrakt geistig, sondern lediglich als „Zweckmäßigkeit der Entscheidung" zu verstehen.

[32] Siehe a. Franck in ZbAfdtR. „Rede vor d. Akad. f. dt. Recht".

[33] a. a. O. S. 11.

[34] Vgl. die Rede Franks vor der Vertreterversammlung des Deutschen Richterbundes am 9. 7. 33.

[35] Ostwald in DJZ. 34/440 will in gewissen Fällen dem Richter eine Anfrage beim RJM. vorschreiben, um ihm von zu starrer Bindung an das Gesetz zu befreien. Dies dürfte aber eine zu scharfe Bindung an die Legislative sein.

[36] Zustimmend zu dieser Umschreibung Lühr in DRZ. 43/32; Elster in DJZ. 35/144; Sauer in DJ. 35/181; Kern in DJZ. 33/656.

[37] Die staatsrechtliche Richtigkeit dieser Umgrenzung der Richteraufgaben zeigt Schmitt in DR. 33/201 auf.

[38] Siehe zum Folgenden Isay, Rechtsnorm und Entscheidung.

eine Entscheidung dem Ermessen des Richters überlassen – so im Strafrahmen der Strafgesetze, in Formulierungen des Zivilrechts wie „wichtiger Grund" usw. – das der Richter nicht geistig-logisch, sondern nach pflichtgemäßem Ermessen anzuwenden hat.

Das Ermessen unterscheidet sich von der Willkür durch die Pflichtgemäßheit der Entscheidung, erst nach Abwägung aller dafür und dagegen sprechenden Momente ist eine Entscheidung nach dem Ermessen getroffen. Der im Verwaltungsrecht geprägte Begriff des „freien Ermessens" ist logisch unhaltbar, denn im Begriff des Ermessens liegt bereits eine Bindung im Recht, ohne die keine Ermessensentscheidung, sondern Willkür vorliegen würde.

### C. Die Unmöglichkeit, eine natürliche Rechtseinheit zu erhalten und die Notwendigkeit einer künstlichen Herstellung.

Daß bei einem Urteil viele Elemente mitwirken, die nicht logisch-einheitlich beurteilt werden können, daß somit ein Fall anders entschieden werden darf als der juristisch scheinbar gleichliegende, ohne daß die Entscheidung falsch sein muß, scheint hiernach einleuchtend.

Zu prüfen bleibt lediglich, ob der natürlichen Verschiedenheit der ähnlichen Fälle in der Beurteilung durch Mittel der Staatsautorität zu einer gewissen Einheitlichkeit verholfen werden müßte, eine Frage, bei der die Belange des Rechts und der Staatsaufgaben gegeneinander abzuwägen sind.

#### I. Das Interesse der Parteien und des Angeklagten an der Berechenbarkeit der Entscheidung.

Zwei Momente sprechen für eine Vereinheitlichung der Rechtsprechung auf Kosten der gerechten Entscheidung des Einzelfalles.

Die Schranken, die das Recht im Leben jedes einzelnen zieht, müssen von jedem erkannt werden können. Jeder Angehörige des Staatsverbandes muß erkennen können, ob sein Handeln vom Staat gebilligt wird oder nicht. Die Entscheidung des Richters muß auch eine gewisse Gleichmäßigkeit haben, die nur durch Anweisungen in gewissem Umfang erzielt werden kann[39].

#### II. Das Interesse des Staates an einer einheitlichen Rechtsprechung als Folge des geordneten Staatsapparates.

Dieser letztere Umstand leitet schon auf das zweite Moment über, das für eine gewisse Einheitlichkeit spricht. Jeder Rechtsuchende will die Aussichten seines Prozesses beurteilen können. Er würde es als Willkür ansehen, wenn ihm sein Rechtsbeistand sagen müßte: ‚Wenn Sie zur I. Kammer kommen, werden Sie wohl Recht bekommen, gelangt Ihr Streit vor die II., werden Sie sicher unterliegen.' Die Kräfte materieller und psychischer Art wären bei einem solchen Verfahren stets nutzlos vertan.

Die Autorität des Staates wird bei der Feststellung verschiedener Urteile bei gleicher Rechtslage weit mehr erschüttert, als durch fehlerhafte Verwaltungsakte; der Staat muß also schon um seiner selbst willen danach streben, divergierende Gerichtsentscheidungen zu verhindern.

---

[39] Siehe hierzu Eisner in DJZ. 28/1174: „Erst eine Einheit der Rechtsprechung beseitigt den Zustand der Willkür, zu dessen Beseitigung das Recht geschaffen wurde."

### III. Das Abwägen der positiven und negativen Argumente einer einheitlichen Rechtsprechung.

Obwohl – wie wir sahen – bei zwei divergierenden Entscheidungen beide richtig sein können, ist das Rechtsgefühl der meisten Staatsbürger nicht so stark ausgeprägt, daß es diese Möglichkeit erkennt, sondern es wird stets die Ansicht vorherrschen, daß eins der beiden Urteile falsch sein muß.

Rümelin versucht in seiner Schrift „Die Rechtssicherheit" über den Begriff und das Wesen der Rechtssicherheit zu einer Lösung dieser Frage zu gelangen. Er kommt zu dem Ergebnis, daß der Begriff der Rechtssicherheit so vielgestaltig und verschiedenartig verwandt wird, daß eine eindeutige Feststellung überhaupt unmöglich ist. Bei seinen Untersuchungen findet er Definitionen dieses Begriffes, die sich z. T. konträr gegenüberstehen, gleichwohl als unter diesen Begriff fallend anzuerkennen sind.

So stellt er (S. 9) das Rechtsbestimmtheitsinteresse dem Rechtsfreiheitsinteresse (S. 10), das Vertrauensinteresse (S. 17) dem Rechtsbewährungsinteresse (S. 12) gegenüber und kommt (S. 57) zu dem Ergebnis, daß zwei Begriffsgruppen jede für sich unter dem Namen Rechtssicherheit zusammengefaßt werden, nämlich die Verwirklichung des Rechtes durch die Rechtspflege (als Schlagwort verwendet er „Richtigkeit") und die Übersehbarkeit und Berechenbarkeit der Rechtsverwirklichung (Schlagwort „Rechtsberechenbarkeit").

Der Begriff ist also absolut zweideutig und wird je nach dem Willen des Verfassers bald für die eine, bald für die andere Begriffsgruppe verwandt[40]. Nach einer Abwägung der beiden Gruppen in ihren Werten und Zielen kommt Rümelin zu dem Ergebnis, daß beide Gruppen nicht völlig zu verwirklichen sind, der Mittelweg zwar gangbar ist, aber auch niemals zum wirklich befriedigenden Ende führen kann.

Es muß am Ende dieses Kapitels festgestellt werden, daß eine einheitliche Rechtsprechung auf natürlichem Wege nicht erfolgen kann und auch alle Zwangsmittel keine absolut gültige Lösung bringen können[41]. Zu untersuchen bleibt, ob die geltende Lösung eine bestmögliche oder noch verbesserungsfähige ist, eine Frage, die von Kritikern in positivem wie in negativem Sinne beantwortet worden ist.

## Zweites Kapitel: Die öffentlich-rechtlichen Grundlagen der Lösung.

### A. Die Gebundenheit der Lösung in der Staatsverfassung.

Wir haben im ersten Kapital gesehen, daß „Recht" ein Begriff ist, der nur innerhalb einer Gemeinschaft entstehen kann und dessen Aufgabe in der Befriedung und Lenkung der Mitglieder dieser Gemeinschaft besteht. Es wurde weiter ausgeführt, daß diese Aufgabe eine der wichtigsten Staatsfunktionen ist, und, so

[40] Schmitt in DJZ. 34/691 formuliert folgendermaßen: „Die Sicherheit einer Gesetzgebung besteht weder in der Beibehaltung von Worten und Sätzen einer losgelösten Gesetzesnorm, noch im Festhalten an früheren, unhaltbar gewordenen Auffassungen, sondern nur in der Festigkeit einer staatlichen Gesamtordnung, von deren Geist und Weltanschauung jeder mit der Anwendung und Gestaltung des Rechts betraute Jurist durchdrungen sein muß.

[41] Vgl. hierzu Schöne im AöR. 25/265, der eine Zentralinstanz für alle Rechtsstreite ohne Bindung der Untergerichte fordert, eine Bindung vielmehr nur durch das Gesetz zulassen will, weil durch jede Instanzenbindung der Gerichtscharakter verloren gehe.

viele Staatslehren schon entstanden sind, keine dürfte dem Staat die Aufgabe, Recht zu setzen und anzuwenden, abgesprochen haben, denn es gilt gerade als Wesen des Staatsbegriffes, das rechtliche Zusammenleben seiner Angehörigen zu sichern.

Der Staat als Organisationsform der Volksgemeinschaft[42] bestimmt also über Geltung und Anwendbarkeit des Rechts im Staate. Es gilt also zuerst den Rahmen zu erkennen, in dem die Organisation zur Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung errichtet werden muß. Diesen Rahmen gibt die Verfassung des Staates.

## B. Der Versuch des liberalistischen Staates.

### I. Die Entwicklung der Staatslehre bis zur Lehre von der Gewaltenteilung.

Der Anfang einer Staatslehre ist bei Aristoteles zu erkennen, der als erster die Aufgaben und Machtmittel des Staates aufteilte und ordnete[43]. Er weist die Tätigkeit der allgemeinen Rechtsbefriedung (Legislative) und der speziellen Friedensstiftung (Justiz) verschiedenen Staatsorganen zu, ohne ihnen eine Ausschließlichkeit ihrer Aufgabenerfüllung zuzuerkennen. Eine ausschließende Zuständigkeit des einen oder anderen Staatsorganes zur Erfüllung seiner zugewiesenen Aufgaben setzt die Erkenntnis voraus, daß sie wesensverschiedene, streng voneinander zu trennende Aufgaben gestellt bekommen haben. Dieser Schluß wird von Aristoteles nicht gezogen; seine Staatslehre ist als reine Organisations- und Ordnungslehre zu bezeichnen, die erst durch die Fortentwicklung und Übertragung in den politischen Machtkampf durch Montesquieu zur Staatsrechtstheorie des Liberalismus entwickelt wurde.

### II. Die Lehre Montesquieus.

#### Die zugrunde liegende Vertragstheorie – Das durch die Konstruktion der Gewaltenteilung erstrebte Ziel.

Gloz folgert daher durchaus zutreffend, daß die Lehre Aristoteles' nicht als Grundlage der liberalistischen Staatsrechtsdoktrin anerkannt werden dürfe, denn erst die von Montesquieu vorgenommene Übertragung der einfachen Ordnungslehre auf das politische Kampffeld hat die liberalistische Staatstheorie ergeben, eine Übertragung, die dem System Aristoteles' völlig fernlag[44].

Die Lehre Montesquieus ging von ganz anderen Voraussetzungen an die Untersuchung der Staatsaufgaben und der Staatsfunktionen heran als Aristoteles.

Während Aristoteles von der sicheren Basis eines wohlgeordneten Staatswesens aus nach einer Erkenntnis suchte, ging es Montesquieu bei der Entwicklung seiner Statslehre um die Begründung von ihm erhobener Ziele und Lehren über den zu bauenden vollkommenen Staat. Er ging bei der Entwicklung seiner Lehre bereits von einem Gegensatz Individiuum – Staat aus, eine Auffassung, die die Lehren der Aufklärung gebracht hatten.

Die Staatslehre Montesquieus kann ohne ein Eingehen auf die von ihr angestrebten Ziele nicht behandelt werden, denn jede staatsrechtliche Lehre kann nicht für sich als abstrakt-logische Gedankentätigkeit des Erdenkers betrachtet werden,

---

[42] Vgl. Ad. Hitler, Mein Kampf, S. 433/34.
[43] Siehe hierzu Gloz, Das richterliche Prüfungsrecht im neuen Staat, S. 8.
[44] Siehe Gloz, a. a. O. S. 8.

sondern jede Theorie über den Staat ist ein Ausfluß der Weltanschauung ihres Begründers[45].

Die Lehre Montesquieus ging im Grunde auf die Theorie vom Staatsvertrag zurück und entwickelte daraus das subjektive Recht des einzelnen gegenüber dem Staat. Das Individuum ist Mittelpunkt und höchster Wert dieser Staatslehre, der Staat ist danach als Zweckorganisation vieler Einzelwesen zu verstehen[46]. Es ist aus dieser Anschauung heraus leicht verständlich, daß dem einzelnen Sicherungen gegenüber dem Zweckverband gegeben werden, denn die Stellung des Einzelmenschen ist der Mittelpunkt der Staatsverfassung. Diese Stellung darf durch Eingriffe des Staates nicht verschlechtert werden. Die Bestimmung darüber kann notwendigerweise nur dem einzelnen zustehen, ihm muß die Staatsverfassung also Sicherheiten zur Durchsetzung seiner Ansprüche gewähren[47]. Nach diesen Grundsätzen hat sich also die Staatsverfassung des Liberalismus aufzubauen.

Montesquieu konstruierte drei Staatsgewalten[48], die er mit gegeneinanderarbeitenden Kontrollrechten und beschränkten Befugnissen ausstattete, um so jederzeit die Möglichkeit offen zu lassen, Staatsakte prüfen und für ungültig erklären zu können. Voraussetzung für diese Konstruktion ist die scharfe Trennung der konstruierten Staatsgewalten, so daß ein Überschneiden der Aufgaben begrifflich ausgeschlossen wird.

Diese Trennung ließ sich aber lediglich in der Theorie begründen, in der Praxis des Staatslebens überlagerten sich diese „Staatsfunktionen". Es sind keine Staatsgewalten – wie Müller[49] zutreffend ausführt –, weil es nur eine Staatsgewalt geben kann, die sich lediglich funktionsmäßig aufteilen läßt. Vom politisch-historischen Standpunkt aus sind die ersten Angriffe gegen die auf abstraktem Denken beruhende liberalistische Staatsauffassung vorgetragen worden, der Sieg der nationalsozialistischen Staatsauffassung zwang zu einer völlig neuen Betrachtung der gesamten Staatslehre.

## C. Die nationalsozialistische Auffassung.

### I. Die zugrunde liegende Lehre vom Staat.

### II. Die Zweckunterworfenheit der Funktionsaufteilung.

Die Grundlage der Montesquieuschen Staatsdoktrin – die Lehre von der Entstehung des Staates durch Vertrag der Bürger – wird abgelöst durch die Auffassung von der Blutsgemeinschaft rassisch verwandter Menschen im Staatsverband[50 51 52]. Das Ziel kann demnach nicht mehr individuell, sondern nur noch

---

[45] Vgl. Kelsen, Staatsform und Weltanschauung, S. 14.

[46] Siehe auch Müller, Die Gewaltenteilung und die Lösung ihres Problems im Dritten Reich. S. 7: „Die Freiheit der Person und des Eigentums zu schützen, ist die zugrundeliegende Idee der Theorie von der Gewaltenteilung."

[47] Siehe hierzu Nowiasky, Staatstypen der Gegenwart, S. 30.

[48] Vgl. hierzu Vollmer, Die Überwindung des Grundsatzes von der Dreiteilung der Gewalten, S. 9 ff.

[49] a. a. O. S. 19.

[50] Gerber, definiert in „Staatsrechtliche Grundlinien des neuen Reiches", S. 19: „Der Staat ist die Lebensform des Volkes."

[51] Ähnlich die Definition Müllers, a. a. O. S. 17, der „Staat" als Zusammenfassung aller Tätigkeiten zur Selbsterhaltung bestimmt.

[52] Siehe auch Adolf Hitler, Mein Kampf, S. 433/34.

gemeinschaftsbedingt aufgefaßt werden. Tatarin-Tarnheyden[53] nennt als Ziel des deutschen Staates „die Volksgemeinschaft in nationaler und sozialer Hinsicht", während Müller[54] als Zweck des Staates „die Selbstbehauptung des Volkes in seiner blutsmäßigen Zusammensetzung" hervorhebt.

Entwickelte Montesquieu aus dem Gegensatz Individuum – Staat das System der Gewaltenteilung, so kann diese Zweckeinteilung der Staatsfunktionen mit ihrer ausschließenden Zuständigkeitsordnung im heutigen Staatsaufbau keinen Platz mehr finden.

Der Mittelpunkt des nationalsozialistischen Staatsaufbaus ist der Führer. Der Begriff der Führung verlangt die unteilbare Lenkung der Staatsgewalt in allen ihren Funktionen, ein Kontroll- und Hemmungsrecht der einen Staatsfunktion gegenüber der anderen ist in diesem Staatsaufbau widersinnig und hat darin keinen Platz.

Eine Funktionenaufteilung ist auch im Führerstaat notwendig, sie bewirkt aber nicht die selbständige Gewaltenteilung mit Kontrollrechten, sondern die Ordnung im Sinne des Aristoteles. Genau wie dieser in seiner Lehre keine grundsätzliche Trennung innerhalb dieser Ordnung annahm, so kann auch heute nur insoweit eine Funktionenaufteilung erfolgen, als die Aufgaben der Funktionsträger dies erfordern[55].

Ist das Ziel des Staates Behauptung des Volkes, so ist auch die Definition der Staatsgewalt als Volkskraft – wie Müller[56] sie gibt – durchaus anzuerkennen. Es gibt nur eine Volkskraft, eine Staatsgewalt, die im Führer verkörpert ist. Diese Staatsgewalt wird aus Zweckmäßigkeitsgründen funktionsmäßig aufgeteilt. Es kann daher keine unpolitische Funktion geben, denn jede Funktion ist abgeleitet aus der Staatsgewalt, sie dient dem gleichen Ziel; Wesen und Aufgabe jeder Staatsfunktion wird daher politisch bestimmt[57]. Die Funktionen müssen daher auch als gleichwertig anerkannt werden, eine Über- und Unterordnung kann hier nicht erfolgen[58].

Der Einteilung, die die liberalistische Staatsrechtslehre gebracht hat, in Gesetzgebungsstaaten, Jurisdiktionsstaaten und Verwaltungsstaaten kann im Rahmen des Führerstaates keine Bedeutung mehr zukommen.

Die Nebeneinanderordnung der Funktionen, ihre einheitliche, volksgebundene Zielsetzung verbietet eine exakte Trennung ihrer Aufgaben, verlangt vielmehr die Zusammenarbeit zur bestmöglichen Zweckerfüllung.

Die liberalistische Staatslehre konnte die Frage der einheitlichen Rechtsanwendung entweder durch den Gesetzgeber oder durch den Richter lösen lassen. Beide Wege sind beschritten worden. Vor allem im Strafrecht versuchte man immer wieder durch eine lückenlose Kasuistik des Gesetzes im Verein mit einem Analogieverbot die Einheit durch den Gesetzgeber selbst herzustellen. Man glaubte, damit der Justiz jedes Mittel genommen zu haben, eigene Entscheidungen treffen

[53] In „Werdendes Staatsrecht", S. 8.
[54] a. a. O. S. 15.
[55] Die gleiche Auffassung vertritt Gloz, a. a. O. S. 26.
[56] a. a. O. S. 17.
[57] Siehe hierzu Schmitt, Der Hüter der Verfassung, S. 111: „Nichts was wesentlich den Staat angeht, kann im Ernst entpolitisiert werden." Ebenso Müller, a. a. O. S. 19.
[58] Kelsen gelangt in „Staatsform und Weltanschauung", S. 16, von der Gewaltenteilungslehre ausgehend zu der Feststellung, daß die Legislative den Vorrang behaupten müsse, um die anderen Gewalten logisch-normativistisch begrenzen zu können.

zu können und mußte dann sehen, daß eine einheitliche Rechtsanwendung keineswegs gesichert war, sondern die Rechtsprechung immer wieder zu divergierenden Entscheidungen gelangte[59]. Man hat andererseits – vor allem im Zivilrecht – versucht, durch die Justiz eine einheitliche Rechtsprechung zu erreichen und hat auch hier nur ein negatives Ergebnis feststellen können.

## D. Das Ineinandergreifen der Funktionen der Legislative und Justiz im Staate als natürliche Ergänzung der Aufgabenerfüllung.

Die Erfolglosigkeit der Bemühungen jeder Staatsfunktion, allein zum Ziele zu kommen, verpflichtet zu der Untersuchung, ob auch heute eine Zusammenarbeit der beiden ausgeschlossen ist.

Aufgabe der Legislative ist der Erlaß von abstrakt formulierten Rechtsnormen, die jedem der Staatsgewalt unterstellten Menschen Richtlinien für sein Handeln geben sollen.

Aufgabe der Justiz ist die Beseitigung konkret vorliegender Friedensstörungen an Hand der von der Legislative erlassenen Richtlinien.

Beide haben also ein gemeinsames Ziel und eine einheitliche Aufgabe, nämlich den Rechtsfrieden im Staatsverband herzustellen.

Wir kennen Fälle, in denen konkrete Rechtsverletzungen Anlaß zum Erlaß abstrakt gefaßter Rechtssätze gegeben haben, wo also im Hinblick auf eine konkrete Rechtsverletzung eine Strafe festgesetzt wurde, eine Handlung, die sich stark der Justiztätigkeit annähert; man darf hier schon von einer Überschneidung der Aufgaben sprechen.

In gleicher Weise nimmt die Justiz dauernd Aufgaben der Legislative wahr, indem sie Gesetze interpretiert und so dem Gesetz einen Sinn unterlegt oder einen Umfang zuweist, den die Justiz zur Erfüllung der ihr gestellten Aufgabe für notwendig hält.

Ob hier auch formal eine legislative Tätigkeit vorliegt, ist für diese Untersuchung nicht entscheidend, sondern nur die Erkenntnis der Andersartigkeit gegenüber der eigentlichen Tätigkeit im Rahmen der Erfüllung der Funktionsaufgaben. Erkannt hat man diese Überschneidung der Aufgaben schon lange, versuchte aber, die Tätigkeit der Justiz in dieser Hinsicht als im Rahmen der ihr zugewiesenen Aufgaben hinzustellen[60].

Das angelsächsische Recht hat für die durch die Justiz entwickelten Rechtssätze den treffenden Ausdruck case-law gefunden, in dem sich klar ausdrückt, daß dieses Recht aus der Entscheidung des Einzelfalles heraus entwickelt worden ist, eine Erscheinung, die der deutschen Praxis ebenfalls durchaus geläufig ist und die das Reichsgericht in seinen Entscheidungen als „ständige Rechtsprechung" bezeichnet. Die Bedeutung dieser in Fallentscheidungen enthaltenen abstrakten Rechtsregeln ist für die Praxis in Deutschland gar nicht hoch genug anzuschlagen, denn viele Rechtsbegriffe sind nicht vom Gesetzgeber, sondern einzig durch die Rechtsprechung entwickelt worden[61].

---

[59] Vor allem sei hier an den Versuch Feuerbachs im Bayr. StGB. v. 1811 erinnert.

[60] Siehe hierzu Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, S. 30; Freisler in VerwAk. I, 2, 17.

[61] So für das bürgerliche Recht die Rechtsinstitute der Sicherungsübereignung, der mittelbaren Stellvertretung, der kumulativen Schuldübernahme u. a. m.

Es muß also für die weitere Untersuchung als Ergebnis festgehalten werden: der liberalistische Staatsbegriff ist überwunden, die Voraussetzungen der Lösung durch die Lehre von der Gewaltenteilung sind beseitigt, eine Schranke durch die Funktionenaufteilung besteht nicht, die Lösung darf daher nur in einer natürlichen Verbindung der Aufgaben beider Behörden im Staatsverband gesucht werden.

## Drittes Kapitel: Die historischen deutschen Lösungsversuche.

Die historischen Lösungsversuche zeigen die gleiche Mannigfaltigkeit wie die Staatsorganisationen, in denen sie wirksam werden sollten.

### A. Der Lösungsversuch des ausgehenden römischen Kaiserreiches.

Das römische Kaiserreich hat als erstes die völlige Gebundenheit des Richters an das Gesetz durchzuführen versucht. Justinian verneinte das Vorhandensein von Widersprüchen im Corpus juris und glaubte, eine so vollendete Kasuistik in diesem Gesetzbuch niedergelegt zu haben, daß kein Raum für eine Entscheidung außerhalb des Gesetzes bestände[62].

Die Rechtseinheit war äußerlich hergestellt, tatsächlich führte dieses System den Richter von der Aufgabe, Recht zu sprechen, fort, denn er hatte den Sachverhalt so zu drehen, daß er in die Regeln des Corpus juris hineinpaßte. Bei dieser Methode konnte er dem wahren Sachverhalt naturgemäß nicht immer gerecht werden; das Recht litt, während die Einheitlichkeit gewahrt war.

### B. Die Lösungsversuche im mittelalterlichen Ständestaat.

#### I. Die Lösungen im Kampf des Kaisers gegen die Reichsstände.

Im Reichskammergericht. – Im Oberappellationsgericht Kassel, Jena, Hannover, Bayern.

#### II. Die Lösung im absoluten Staat Friedrichs des Großen.

Im Anschluß an die Rezeption tauchte die Frage der Einheit der Rechtsanwendung in Deutschland zuerst im Reichskammergericht auf. Hier war in erster Linie eine Zwischenlösung dergestalt beabsichtigt, daß die Urteile des Reichskammergerichts bindende Kraft haben sollte, solange die Gesetzgebung nicht eingriff. Es galt als Grundsatz: eine Verschiedenheit der Rechtsauffassung sollte durch den Gesetzgeber verhindert werden; war dieser dazu nicht in der Lage, so hatte ihn solange das Gericht zu vertreten[63].

---

[62] Hier zeigt die Lösung die Überbewertung der Funktion des Gesetzgebers, wie sie allen absolutistischen Staaten eigen ist und die in diesem Staat ihre besondere Rechtfertigung in der rassisch uneinheitlichen Untertanenmasse fand, in der nur eine Gesetzesordnung, aber keine Rechtsordnung bestehen konnte. Nicolai sagt in seiner „Rassengesetzlichen Rechtslehre", S. 7: „Das römische Reich wurde schließlich zu einer seelenlosen Staatsmaschine, die über eine, chaotisch durcheinander gewürfelte Volksmasse gebot, die nicht mehr durch natürliche Bande des Blutes, sondern nur noch durch ein Netz ausgeklügelter Rechtssätze zusammengehalten wurde."

[63] Siehe hierzu Tigges, Die Stellung des Richters im absoluten Staat, S. 14.

Diese Lösung ist nur aus der staatsrechtlichen Situation heraus zu verstehen. Das Reichskammergericht wurde nicht in einem Einheits- oder Bundesstaat errichtet, sondern im Rahmen eines Staatenbundes; es ist ein Ergebnis des ständigen Kampfes zwischen Kaiser und Fürsten.

Es diente also nicht in erster Linie der Durchsetzung der vom Kaiser erlassenen Gesetze in der Justiz, sondern war als Ablösung der alten Königsgerichte errichtet, eine Maßnahme, die auf der vergrößerten Macht der Fürsten basierte. Seine Stellung wurde von Anfang an durch das Mißtrauen der Gewalten, die es ins Leben riefen, gekennzeichnet. Andererseits bestand aber gerade darin seine „Unabhängigkeit", daß sowohl der Kaiser als auch die Fürsten darüber wachten, daß kein Einfluß auf dieses „Neutrum" des politischen Kampfes ausgeübt wurde. Man kann bei diesem Gericht nicht von einem Organ der Staatsgewalt sprechen, weil es nicht in der Funktion einer Staatsgewalt tätig wurde, sondern lediglich im Rahmen staatsrechtlicher Verträge[64].

So ist es auch bezeichnend, daß dies Gericht nicht als Organ der Justiz eine gewisse Selbständigkeit im Staatsverband genoß, sondern als übergeordnete Instanz eine Kommission der Reichsstände und als Endinstanz den Reichstag erhielt, zwei Körperschaften, die als legislativ anzusprechen sind.

Nur so ist auch diese stellvertretende Gesetzgeberstellung zu verstehen. Im Rahmen des Kampfes zwischen Fürsten und Kaiser war das Reichskammergericht eine Entscheidungsinstanz rein politischer Art, die jederzeit durch die übergeordneten Gesetzgebungsorgane berichtigt werden konnte.

Diese Regelung übernahm das Oberappellationsgericht Kassel, dessen Ordnung von 1746 bestimmte, daß seine Urteile zugrunde gelegt werden sollten, solange der Gesetzgeber nicht eingriff. Während nun aber die Erkenntnisse des Hessischen Oberappellationsgerichtes für die unteren Gerichte keine bindende Wirkung haben sollten, ließen die Urteile des Jenaer Oberappellationsgerichtes die entgegenstehenden späteren Urteile der unteren Gerichte nichtig werden[65]. Wir finden hier also einen Anklang an das Präjudiziensystem des englischen Rechts.

Die hannoversche Regelung verlieh den Urteilen des Oberappellationsgerichtes in Celle eine Art Gesetzeskraft, indem es diese Urteile mit einer Bekanntmachung des Königs in einer Gesetzessammlung veröffentlichen ließ.

Bayern ließ die Erkenntnisse des Oberappellationsgerichtes nur für das Gericht selbst bindend sein, während die unteren Gerichte sich lediglich in Zweifelsfällen nach diesen Urteilen zu richten hatten[66].

Die grundsätzlich veränderte politische Lage gab dem Absolutismus die Möglichkeit, einen völlig neuen Staatsaufbau vorzunehmen. War im Ständestaat des

---

[64] Siehe hierzu Tigges, a. a. O., S. 15 ff.

[65] Vgl. hierzu Roesener in „Die Gesamtentscheidungen nach § 137 GVG. unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts", S. 19 ff.; Lauterjung, Die Einheit der Rechtsprechung innerhalb der höchsten Gerichte unter besonderer Berücksichtigung des Reichsgerichts, S. 11 ff.

[66] Die staatsrechtliche Situation in den Einzelstaaten mußte eine gleiche oder zum mindesten ähnliche Regelung ergeben. Auch dort war noch keine einheitliche Staatsgewalt zu erkennen; der Staat, ausgerüstet mit der einheitlichen, geschlossenen Staatsgewalt, war noch unbekannt. Das Gericht wurde daher nicht einfach im Rahmen einer Staatsfunktion tätig, sondern war Ausfluß eines Hoheitsrechtes des Fürsten oder der Stände. Es diente nicht der Rechtsbefriedung im Staat, sondern war eine Waffe des Gerichtsherrn zur Durchsetzung seiner politischen Ansprüche.

Mittelalters noch keine Staatsgewalt Träger des Staatsgedankens, so hatte der Absolutismus im Monarchen den Träger aller Staatsgewalt entwickelt.

Der Monarch war für die gesamte Staatsführung da, eine von ihm unabhängige Instanz gab es nicht, die von ihm angeordnete Funktionenaufteilung war von seinem Geist, d. h. seiner politischen Führung erfüllt.

Die Beseitigung des Ständestaates brachte eine Unterschätzung der Justiz mit sich, eine Folge der im Machtkampf um den absoluten Staat verkannten Aufgaben der Justiz. Diese Unterbewertung zeigt sich im Staate Friedrichs des Großen[67] in der Einführung der Gesetzeskommission. Hatte der Richter Zweifel, wie das Gesetz in dem ihm vorliegenden Fall anzuwenden war, so hatte er die hierfür eingesetzte Gesetzeskommission anzurufen. Diese legte dann die zweifelhafte Gesetzesstelle aus. Diese Regelung brachte „den Übelstand, daß dunkle und zweifelhafte Gesetze im Laufe des Prozesses erklärt und die Erklärungen auf vergangene Fälle angewandt wurden, wodurch die Parteien, indem manche Prozesse im Grunde nach einem neuen Gesetze, das die Parteien vorher nicht kennen konnten, entschieden wurden, in Schaden und Nachteil kamen, ohne dabei einmal an kürzerer Dauer oder niederen Kosten zu gewinnen, da oft erst in der letzten Instanz angefragt, oder wenn solches auch in der ersten Instanz geschah, dennoch an den Erkenntnissen, die sich auf solche Entscheidungen der Gesetzeskommission gründeten, das nachgelassene Rechtsmittel ergriffen wurde[68]. Nach wenigen Jahren (1798) wurde daher die Anfrage wieder abgeschafft. Diese Bestimmungen zeigen deutlich, daß die Aufgaben der Justiz und der Legislative nicht grundsätzlich verschieden aufgefaßt wurden, sondern eine gegenseitige Ergänzung und sogar Vertretung vorgeschrieben war. Die künstliche Konstruktion der Gewaltenteilung, die im Anschluß an die französische Revolution in Deutschland eindrang und ihre politische Auswirkung in der konstitutionellen Monarchie und später im Staat von Weimar fand, war noch unbekannt.

## C. Die Lösungen im liberalistischen Staat bis zum Entwurf des GVG.

### I. Der Kassationshof in Preußen.

Die Ziele seiner Errichtung. – Die Kabinettsordern von 1832 und 1836. – Die Änderungen 1846 und 1849. – Die Regelung beim Reichsoberhandelsgericht.

Eine grundsätzliche Änderung der Materie mußte durch das Eindringen der Lehre von der Gewaltenteilung erfolgen. Wir finden in den folgenden Bestimmungen ausschließlich nur noch organisatorische Bestimmungen, die die Einheitlichkeit innerhalb des höchsten Gerichtes regeln sollten, während die Gesetzgebung völlig unabhängig davon arbeitete. Der Grundsatz, daß der Richter allein für die einheitliche Rechtsanwendung zu sorgen habe, war Allgemeingut geworden.

Verschieden wurde lediglich noch die organisatorische Handhabung geregelt. Es trat ganz im Sinne der liberalistischen Staatstheorie keine andere Behörde an die Stelle der Gesetzeskommission, so daß von diesem Zeitpunkt an dem Richter die Auslegung der zweifelhaften Gesetzesstellen allein oblag.

---

[67] Wobei Tigges, a. a. O., S. 36, mit Recht darauf hinweist, daß Friedrich der Große keine Kabinettsjustiz anstrebte, sondern lediglich ein Vetorecht aus der bei ihm allein ruhenden Staatsgewalt wahrnahm.

[68] Koch, Kommentar zum Allgemeinen Landrecht, § 46, Anm. 58, S. 51.

Diese Regelung ließ zu viele Möglichkeiten für eine Uneinheitlichkeit innerhalb der Rechtsprechung zu, und so wurde der preußische Kassationshof in Berlin geschaffen, der auf eine Nichtigkeitsbeschwerde den Fall durchprüfte und bei abweichender Meinung selbst entschied, oder eine Gesamtentscheidung mit dem Obersten Gericht herbeiführte. Durch die Kabinettsorder von 1832 wurde der Geschäftsbetrieb des Geheimen Obertribunals in Preußen – später nur noch Obertribunal genannt – geregelt[69]. Die drei selbständig nebeneinander stehenden Senate hatten verschiedene Materien zur Bearbeitung übertragen bekommen. Wollte ein Senat zwei gleichartige Vorentscheidungen abändern, so mußte aus jedem der beiden andern Senate ein weiterer Referent ernannt und der Beschluß mit mindestens 13 Mitgliedern – einschließlich des Vorsitzenden – gefaßt werden. Eine qualifizierte Mehrheit war nicht erforderlich.

Wir stoßen hier zum erstenmal auf die Fehlerquelle, die sich bei jedem höchsten Gericht, das mit mehreren Senaten besetzt ist, ergibt. 1836 wurde bereits eine Kabinettsorder zur Erhaltung der Einheit der Rechtsgrundsätze in den richterlichen Entscheidungen notwendig. Es hatte sich also herausgestellt, daß die drei Senate, obwohl ihnen verschiedene Materien zugewiesen waren, gleiche Rechtsfragen verschieden behandelt hatten und so eine gewisse Unsicherheit in die Rechtsanwendung gekommen war.

Die Order von 1836 hatte folgenden Wortlaut: „Falls ein Senat durch Stimmenmehrheit beschließt, von einem bisher behaupteten Rechtsgrundsatz oder von der durch ihn oder durch einen andern Senat bis dahin verfolgten Auslegung und Anwendung einer gesetzlichen Vorschrift abzugehen, so ist die dadurch zweifelhaft gewordene Rechtsfrage an das Plenum des Geheimen Obertribunals zu bringen. ... Das Plenum entscheidet darüber auf Antrag zweier neuer, aus den anderen Senaten gewählten Referenten, und seine Entscheidung dient in der vorliegenden Rechtssache dem betreffenden Senat zur Norm."

Diese Kabinettsorder wurde 1856 nach kurzen Änderungen von 1846 und 1849 wieder bestätigt, sie wurde vorbildlich für die Regelung beim Reichsoberhandelsgericht, für das 1869 bestimmt wurde: „Wenn die Ansicht eines Senates in einer Rechtsfrage von einer früheren Entscheidung desselben oder eines anderen Senates oder des Plenums abweicht, so muß vor der Sachentscheidung diese Rechtsfrage an das Plenum gebracht werden. Die Ansicht des letzteren ist für die Entscheidung der Sache, welche zu der Plenarberatung Veranlassung gegeben hat, maßgebend."

Der Weg zu der Bestimmung des GVG. von 1877 ist klar erkennbar.

## Viertes Kapitel: Die Stellung und Aufgabe des Reichsgerichts im Rahmen des GVG.

### A. Die öffentlich-rechtlichen Grundlagen für die Stellung des Reichsgerichts im Rahmen des GVG.

Bei der Schaffung des GVG. mußte ein Kompromiß zwischen den verschiedensten Auffassungen politischer, prozessualer und organisatorischer Art gefunden werden.

Die Organisation der Spitze der Gerichtsverfassung muß am deutlichsten die Stellung der Justiz zu den anderen Staatsfunktionen aufzeigen.

[69] Vgl. zu folgendem auch Schultzenstein in ZZPR. 18/92 ff.

### I. Die liberalistischen Tendenzen.

Die Vorherrschaft der Nationalliberalen. – Die Tendenzen für eine liberalistische Gesamtverfassung.

Die Bismarcksche Verfassung entstand während der Blüte der nationalliberalen Partei, die – als liberale Partei – eine Verfassung der Gewaltentrennung forderte. Daher war die Justiz weitestgehend zu verselbständigen, um der in der Institution des Kaisers und Bundesrates in weitem Umfange bestehenden Gewaltenverbindung zwischen Exekutive und Legislative ein gewisses Gegengewicht entgegenzustellen. Das Reichsgericht mußte nach der Auffassung der Liberalen ausschließlich als Gericht, unbeschwert mit Nebenaufgaben, bestehen.

### II. Die Einheitstendenzen.

Demgegenüber kam die alte Sehnsucht nach einem mächtigen deutschen Einheitsstaat während des Krieges und im Anschluß daran durch den großen Erfolg der Zusammenfassung der nationalen Kräfte ebenfalls stark zur Geltung. Diese Strömung sah nicht auf eine möglichst exakte Gewaltentrennung, sondern auf eine möglichst einheitliche Justiz; sie stellte die Forderung nach einer einheitlichen Rechtsprechung an die Spitze und verlangte für die Organisation des Reichsgerichts, daß diese den genannten Erfolg garantiere.

Die Fürsten als stärkster Faktor des Bundesstaates widerstrebten der Schaffung eines starken Reichsgerichts, da sie die Unabhängigkeit der Landesjustiz von einem stark ausgebauten Reichsgericht bedroht sahen. Sie gestanden dem Reich lediglich für Reichsgesetze eine justizmäßige Oberaufsicht zu, die aber keinesfalls mehr als rein justizmäßige Aufgaben – also keine rechtspolitischen – lösen durfte.

Prozessual gab es den Streit, der naturgemäß politisch beeinflußt war, ob die preußische Nichtigkeitsbeschwerde oder die französische Kassation Vorbild der letzten Rechtsmittelinstanz sein sollte. Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde weitgehend als Oberberufung bezeichnet und – unbeschadet der wahren Identität der beiden Institute – in dieser Form von der einen Partei als Vorbild hingestellt, während die Kassation als schärfstes Mittel zur Wahrung der Rechtseinheit dargestellt wurde.

Organisatorisch bestanden Zweifel, ob die Revisionsinstanz im Rahmen des Parteiprozesses oder als öffentlich-rechtlich zu handhabendes Mittel zur Nachprüfung einer fehlerhaften Rechtsprechung ausgestaltet werden sollte.

Das Ergebnis des politischen Verfassungsstreites war die föderalistische Verfassung von 1871, die auf dem Bundesstaat fußend gewisse liberalistische Forderungen verwirklichte.

### B. Die prozessuale Lösung durch das GVG.

Aus diesem Ergebnis ist wenig für die Stellung des Reichsgerichts, als Spitze der Justizorganisation, zu entnehmen. Der Streit über die Stellung des Reichsgerichts im Rahmen dieser Verfassung und der ihr zugrunde liegenden Ideen hat keine endgültige Beantwortung gefunden. Es ist nur natürlich, daß die prozeßrechtliche Lösung von dieser zweifelhaften Grundlage aus ebenfalls nur unklar gelöst werden konnte.

Das GVG. bestimmte als Aufgabe des Reichsgerichts: „Das Reichsgericht ist zur Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Revision zuständig."

Die ihm außerdem gestellten erstinstanzlichen Aufgaben und die Stellung als Beschwerdeinstanz können im Rahmen dieser Arbeit beiseite gelassen werden.

## I. Die Argumente für die Einheitsinstanz.

### Die Ansicht Silberschmidts. – Die Auffassung der Motive.

Das Gesetz hat es vermieden, eine Definition der Revision zu bringen und hat damit den Streit um die Aufgaben des Reichsgerichts zu einem Streit um das Wesen der Revision verwandelt, wobei zu bemerken ist, daß die Streitfrage genau die gleiche geblieben ist, weil man sich bei der Frage nach dem Wesen der Revision um nichts anderes streitet als um das Wesen der Aufgabe des Reichsgerichts.

Die Literatur zu dieser Frage zeigt nun, daß bei den meisten Verfechtern beider Ansichten der Wunsch der Vater der Entscheidung ist und nur wenige Autoren objektiv-kritisch an die Entscheidung herangehen.

v. Bar[70], Pagenstecher[71], Scherer[72], Ehlert[73] und vor allem die Motive[74] sind der Auffassung, daß die selbstverständliche Aufgabe des Reichsgerichts in der Wahrung der Rechtseinheit liege, ohne sich mit der Gegenansicht im einzelnen auseinanderzusetzen.

Krämer[75], v. Kries[76] und Walsmann[77] vertreten die Auffassung, daß lediglich die Fallentscheidung Aufgabe des Reichsgerichtes sei, wobei Walsmann auf das historische Recht der Parteien auf eine dritte Instanz hinweist.

Silberschmidt[78] und Davids[79] fordern die Einsetzung des höchsten Gerichtes zur Wahrung der Rechtseinheit und begründen diese Forderung im Hinblick auf das Gestaltungsrecht der Parteien damit, daß eine einheitliche Rechtsprechung auch im Hinblick auf das Parteiinteresse wünschenswert sei und daher die im Rechtseinheitsinteresse erfolgte Revisionsentscheidung der Partei gleichfalls zugute käme.

Sie versuchen so den Einwand der Gegenmeinung, das gesamte Prozeßrecht sei auf dem Gestaltungsrecht der Parteien aufgebaut und eine Einheitsinstanz passe nicht in diesen Rahmen, zu entkräften[80].

## II. Die Argumente für die Parteiinstanz.

### Die Ansicht Sonnenschmidts. – Die Ansicht Pagendarms.

Sonnenschmidt[81] geht dagegen von der unzulänglich bestimmten Aufgabe,

---

[70] Das Reichsgericht, S. 4, 17 u. a.

[71] Die Berufung im Zivilprozeßrecht, S. 13.

[72] Das Rechtsmittel der Revision in Zivilsachen, S. 20.

[73] In „Die Bedeutung der Mündlichkeit im deutschen Zivilprozeß unter besonderer Berücksichtigung der Revisionsinstanz", S. 33.

[74] Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, § 108 GVG.

[75] In: ZZPr. 53/117.

[76] Die Rechtsmittel des Zivilprozesses und des Strafprozesses, S. 17.

[77] In: Jud. II/64.

[78] Die deutsche Reichseinheit, S. 25 ff.

[79] JW. 29/1625.

[80] Siehe hierzu auch Weißmann in ZZPr. 9/169: „Das Parteiinteresse findet eben nur insoweit Beachtung, als ein öffentliches Interesse damit verknüpft ist."

[81] Was ist von den Rechtsmitteln der Revision und Oberrevision in dem Entwurf einer deutschen CPO. von 1872 zu halten? S. 40.

die dem Reichsgericht gestellt sei, aus und fordert als Definition der Revision die Oberberufung, weil eine gerechte Sachentscheidung Aufgabe des Gerichtes sei und diese entscheidende Aufgabe durch eine revisio in iure nicht gelöst werden könne. Er weist weiter darauf hin, daß dem Reichsgericht viel zu viel Sachen organisatorisch entzogen seien, als daß man auf diesem Wege zu einer Rechtseinheit kommen könne.

### III. Die Zwitterstellung des Reichsgerichts.

Die Auffassungen von Syring und Kurlbaum. – Die eigene Auffassung. – Die Praxis des Reichsgerichts.

Beide Begründungen sind nicht zu entkräften. Syring[82], Pagendarm[83] und Kurlbaum[84] kommen daher bei ihren Untersuchungen zu dem Ergebnis, daß die Stellung des Reichsgerichts nur unklar und seine Aufgaben nicht eindeutig herausgestellt werden könnten, denn tatsächlich habe man in dem GVG. versucht, in dem Reichsgericht ein Gericht zu schaffen und ihm damit die Aufgabe gestellt, als letzte Instanz eine gerechte Fallentscheidung zu treffen, dabei aber gleichzeitig diese Aufgabe durch die Beschränkung auf die revisio in iure unmöglich gemacht und ihm durch diese Beschränkung die zweite Aufgabe gestellt, im Rahmen dieser Regelung die Einheit der Rechtsprechung zu wahren, eine Aufgabe, die mit diesen Mitteln und in dieser organisatorischen Stellung nicht gelöst werden kann.

Das Reichsgericht selbst ist sich über seine Zwitterstellung im Gerichtsaufbau durchaus klar geworden. Da die Lösung der Rechtseinheitsaufgabe eine politische Instanz, die in die Sphäre des Gesetzgebers eingreift, verlangt, mußte sich das Reichsgericht – parallel mit dem Anwachsen der Macht des liberalistischen Staatsdenkens – mehr und mehr auf die Sachentscheidung beschränken. Dieser Weg ist klar zu verfolgen, wenn auch das Reichsgericht stets versucht hat, durch Beharren auf von ihm ausgesprochenen Rechtsgrundsätzen auf eine Stetigkeit der Rechtsprechung hinzuarbeiten.

Das wesentlichste Moment für die Ansicht der ausschließlichen Sachentscheidung ist m. E. in der Praxis des Reichsgerichts selbst zu sehen, die bewußt im Gegensatz zur Praxis des Kassationshofs den konkreten Fall in den Mittelpunkt der Entscheidung stellt. Das Reichsgericht verleitet – wie seine Kritiker ihm mit Recht vorwerfen – durch diese Praxis die Parteien, Revisionen einzulegen, die sie bei einer strengen Handhabung der Revisionsvorschriften niemals eingelegt haben würden, in der Hoffnung, hierdurch zu einer gerechten Einzelentscheidung zu gelangen.

Festzustellen ist vor Betrachtung der Lösung, die das GVG. brachte, daß es hier nicht gelungen ist, die Stellung und Aufgabe des Reichsgerichts klar zu umreißen und so die Grundlage für die Beurteilung der Endinstanz zu schaffen[85].

---

[82] Gutachten auf dem 29. Deutschen Juristentag. „Empfiehlt sich eine Änderung des Rechtsmittels der Revision in Zivilsachen?"

[83] Verstöße gegen die Denkgesetze, die Erfahrungssätze und das Ermessen als Revisionsgründe, S. 18.

[84] In: JW. 32/1190: „Die heutige Stellung des Reichsgerichts schwankt zwischen einer Instanz zur Wahrung der Rechtseinheit und einer reinen Endinstanz. Da die Stellung der Revision uneinheitlich ist, ist die Aufgabe des Gerichts nicht klar zu bestimmen."

[85] Zustimmend Schäfer in „Die Stellung der Revision im künftigen Strafverfahren", in: Beiträge zum Recht des neuen Deutschlands, Festschrift für Franz Schlegelberger zum 60. Geburtstag, S. 150/151.

## Fünftes Kapitel: Der Lösungsversuch seit dem Inkrafttreten des GVG.

Auch das GVG. war von liberalistischen Tendenzen im Sinne der Gewaltentrennung bestimmt, seine Lösung des Problems konnte daher nur in einer möglichst gut funktionierenden Justiz gefunden werden, und da man ursprünglich das Rechtsmittel der Revision fast unbeschränkt zulassen wollte, schuf man lediglich Bestimmungen zur Wahrung der Einheit innerhalb des höchsten Gerichtes in der Meinung, so ausreichend für die Verhinderung von sich widersprechenden Entscheidungen gesorgt zu haben.

### A. Die geschichtliche Entwicklung von 1871 bis 1935.

Der § 108 des Entwurfes[86] bestimmte daher lediglich, daß die Entscheidung und Verhandlung einer Sache vor die Vereinigten Zivilsenate zu verweisen sei, wenn ein Zivilsenat in einer Rechtsfrage von einer früheren Entscheidung eines anderen Zivilsenates oder der Vereinigten Zivilsenate abweichen wollte, und daß ebenso in den entsprechend gleichen Fällen bei den Strafsenaten die Verweisung erfolgen sollte.

§ 108 des Entwurfes wurde unverändert als § 137 in das GVG. übernommen. 1886 und 1898 wurde die Bestimmung dahin geändert, daß die Reichsanwaltschaft bei Entscheidungen über die Feststellung des Verhältnisses zwischen Eltern und Kindern und die Anfechtung von Todeserklärungen mitzuwirken habe.

1924 erhielt der § 137 eine neue Fassung und wurde als § 136 in die neue Fassung des GVG. übernommen. Er lautete dann folgendermaßen[87]: „Will in einer Rechtsfrage ein Zivilsenat von der Entscheidung eines anderen Zivilsenats oder der Vereinigten Zivilsenate, oder ein Strafsenat von der Entscheidung eines anderen Strafsenats oder der Vereinigten Strafsenate abweichen, so ist über die streitige Rechtsfrage im ersteren Fall eine Entscheidung der Vereinigten Zivilsenate, im letzteren Fall eine solche der Vereinigten Strafsenate einzuholen.

Einer Entscheidung der Rechtsfrage durch das Plenum bedarf es, wenn ein Zivilsenat von der Entscheidung eines Strafsenats oder der Vereinigten Strafsenate oder ein Strafsenat von der Entscheidung eines Zivilsenates oder der Vereinigten Zivilsenate oder ein Senat von der früher eingeholten Entscheidung des Plenums abweichen will.

Die Entscheidung der Rechtsfrage durch die Vereinigten Senate oder das Plenum ist in der zu entscheidenden Sache bindend. Sie erfolgt in allen Fällen ohne vorgängige mündliche Verhandlung.

Vor der Entscheidung der Vereinigten Strafsenate oder des Plenums, sowie in Ehe- und Entmündigungssachen und in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern oder die Anfechtung einer Todeserklärung zum Gegenstand haben, ist der Oberreichsanwalt mit seinen schriftlichen Anträgen zu hören. Soweit die Entscheidung der Sache eine vorgängige, mündliche Verhandlung erfordert, erfolgt sie durch den erkennenden Senat auf Grund einer erneuten mündlichen Verhandlung, zu welcher die Prozeßbeteiligten von Amts wegen unter Mitteilung der ergangenen Entscheidung der Rechtsfrage zu laden sind."

Zur Frage der Besetzung bei Plenarentscheidungen bestimmte § 138, daß

---

[86] Hahn, a. a. O., § 108.
[87] Vgl. Lauterjung, a. a. O., S. 16.

mindestens zwei Drittel der Mitglieder des Reichsgerichts – einschließlich der Vorsitzenden – teilzunehmen hatten. Die Stimmzahl mußte ungerade sein; war sie es nicht, so stimmte der an Dienstalter Jüngste, bei gleichem Dienstalter der an Jahren Jüngste nicht mit ab, es sei denn, daß er Berichterstatter war, dann war der nächst Ältere von der Stimmführung ausgeschlossen.

Diese Bestimmung des GVG. erfuhr häufig und entschieden die Kritik der Theorie und Praxis. Sie wurde daher durch das Gesetz vom 28. 6. 1935 wiederum abgeändert. In der heute geltenden Fassung lautet der § 136 GVG.: „Will in einer Rechtsfrage ein Zivilsenat von der Entscheidung eines anderen Zivilsenats oder des Großen Senats für Zivilsachen oder ein Strafsenat von der Entscheidung eines anderen Strafsenats oder des Großen Senats für Strafsachen abweichen, so entscheidet im ersten Fall der Große Senat für Zivilsachen, im zweiten Fall der Große Senat für Strafsachen.

Die Vereinigten Großen Senate entscheiden, wenn ein Zivilsenat von der Entscheidung eines Strafsenates oder des Großen Senats für Strafsachen oder ein Strafsenat von der Entscheidung eines Zivilsenates oder des Großen Senates für Zivilsachen oder ein Senat von der früher eingeholten Entscheidung der Vereinigten Großen Senate abweichen will."

Neu ist der § 137, der bestimmt: „Der erkennende Senat kann in einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung die Entscheidung des Großen Senats herbeiführen, wenn nach seiner Auffassung Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung es erfordern.

Hält der Oberreichsanwalt in einer Strafsache aus diesen Gründen die Entscheidung durch den Großen Senat für erforderlich, so hat auf seinen Antrag der erkennende Senat die Verweisung auszusprechen."

Über die Mitwirkung des Oberreichsanwaltes bestimmt § 138: „Die Großen Senate und die Vereinigten Großen Senate entscheiden ohne vorherige mündliche Verhandlung nur über die Rechtsfrage.

Vor der Entscheidung des Großen Senates für Strafsachen oder der Vereinigten Großen Senate sowie in Ehe- und Entmündigungssachen und in Rechtsstreitigkeiten, welche die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kindern oder die Anfechtung einer Todeserklärung zum Gegenstand haben, ist der Oberreichsanwalt zu hören. Der Oberreichsanwalt kann auch in der Sitzung seine Auffassung darlegen.

Die Entscheidung ist für den erkennenden Senat in der vorliegenden Sache bindend.

Erfordert die Entscheidung der Sache eine erneute mündliche Verhandlung vor dem erkennenden Senat, so sind die Beteiligten unter Mitteilung der ergangen Entscheidung der Rechtsfrage zu der Verhandlung zu laden."

Ähnliche, rein organisatorische Vorschriften gelten auch für das Oberverwaltungsgericht, den Reichsfinanzhof, das Reichsversicherungsamt u. a. m. Sie bringen die Vorschriften des GVG. mit geringen Abwandlungen; im wesentlichen stimmen sie mit dem GVG. völlig überein. Einer näheren Erörterung bedarf es hier daher nicht.

## B. Die Auslegung der in der geltenden Regelung enthaltenen Begriffe und Definitionen.

### I. Die Abhängigkeit der Bestimmungen von der Gesamtstellung des Reichsgerichts in dem GVG.

Bevor man an eine Auslegung und Ausdeutung der §§ 136 ff. GVG. herangeht, muß man sich darüber klar sein, daß diese Vorschriften nicht ohne Rücksicht auf ihre Stellung im Gesetz und vor allem nicht losgelöst von der Revisionsaufgabe betrachtet werden können.

Lauterjung[88] und Schultzenstein[89] gehen sogar so weit, diesen Bestimmungen des GVG. jeden selbständigen Charakter abzusprechen und sie als eine interne Dienstvorschrift für das Reichsgericht anzusehen, die es im Rahmen seiner Aufgabe zu beachten habe.

Wie die Revision – neben anderen – dem Reichsgericht die Aufgabe stellt, den konkreten Einzelfall zu entscheiden, so ist damit auch den Vorschriften der §§ 136 ff. eine Grenze gezogen. Die Bestimmungen sind also nicht für sich anwendbar, sondern nur im Rahmen der Revisionsentscheidung, d. h. es liegt bei ihrem Wirksamwerden der konkrete Einzelfall zugrunde, und damit ist diesen Bestimmungen eine andere Ausdeutung zu geben, als den ähnlichen Vorschriften des Kassationshofes.

Während der Kassationshof lediglich die abstrakte Rechtsfrage zu prüfen hat und die Plenarentscheidung unabhängig vom konkreten Fall in Zweifelsfällen herbeiführen kann, ist dem Reichsgericht dieser Teil einer rechtsschöpferischen Tätigkeit verschlossen, denn das Reichsgericht kann eine Plenarentscheidung nur über den dem einzelnen Senat vorgelegten Fall treffen.

### II. Das Verfahren zur Herbeiführung einer Gesamtentscheidung.

Es kann die Bedeutung der gegenwärtigen Vorschriften nicht gewürdigt werden, ohne daß kurz das Verfahren, das einer Plenarentscheidung vorangeht, berührt wird.

Der Senat, der eine Gesamtentscheidung herbeiführen will, muß die Rechtsfrage in einem Beschluß festlegen und diesen Beschluß – zusammen mit den Akten – dem Vorsitzenden des Großen Senats oder der Vereinigten Staaten zusenden. Es werden zwei Referenten bestimmt.

Muß der Oberreichsanwalt gehört werden, so wird auch ihm der Beschluß übersandt. Die Anträge des Oberreichsanwaltes und die Gutachten der beiden Berichterstatter werden jedem Mitglied der beschlußfassenden Versammlung zugestellt.

Die Entscheidung der Großen Senate oder der Vereinigten Großen Senate ergeht in der Form eines Beschlusses, nachdem ein Protokoll über die Verhandlung aufgenommen wurde.

Der Kreis der mitwirkungsberechtigten Mitglieder ist nicht eindeutig bestimmt worden. Die Mitwirkung der in erstinstanzlichen Sachen tätigen Räte war zweifelhaft; doch wurde ihr Mitwirkungsrecht vom Reichsgericht bejaht.

Während die herrschende Meinung nur eine einfache Mehrheit für den Ver-

---

[88] a. a. O., S. 37.
[89] a. a. O., S. 136.

weisungsbeschluß verlangt, will Beling[90] für die Strafsenate gemäß § 263 StPO. eine qualifizierte Mehrheit erforderlich sein lassen. Hierin kann ihm nicht beigepflichtet werden, da die Bestimmungen selbst keinen Anhaltspunkt für dies Erfordernis ergeben und § 263 StPO. für die Revisionsinstanz keine Anwendung finden kann. Daß die Gesamtentscheidungen mit einfacher Mehrheit gefaßt werden müssen, erkennt auch Beling an.

### III. Der Begriff der Rechtsfrage.

Die Definition Mannheims. – Die Auffassung Schwinges. – Die eigene Ansicht.

Die Auslegung der Bestimmungen hat jedes einzelne Merkmal ergriffen. Die Begriffe ‚Rechtsfrage', ‚Abweichen' und ‚anderer Senat' haben zu verschiedenen Umgrenzungen und Definitionen Anlaß gegeben.

Der Begriff der Rechtsfrage ist bisher nicht exakt gebildet worden. Er läßt sich gegen den Begriff der Tatfrage auch nicht so korrekt abgrenzen, wie es zuerst den Anschein hat; was nämlich noch unter den Begriff ‚Rechtsfrage' zu subsumieren ist, bestimmt in erster Linie die rechtspolitische Erwägung, daß diese Überlegungen des Richters revisibel sein müssen, denn der Begriff der Rechtsfrage hat in Deutschland keine andere praktische Bedeutung als „Umfang der revisiblen Momente einer Entscheidung".

Mannheim[91] kommt zu dem Satz: „Die Geschichte unseres Zivil- und Strafprozesses hat es zur Genüge bewiesen, daß das einzig zuverlässige Mittel, die Beobachtung wenigstens der wesentlichen Prozeßvorschriften zu sichern, darin besteht, daß an die Nichtbefolgung die oberrichterliche Nichtigkeit des Verfahrens geknüpft wird." Die Aufgabe des Reichsgerichts ist nach Mannheim also in erster Linie, die Kontrolle der unteren Gerichte im Rahmen gerechter Fallentscheidungen durchzuführen. Wenn diese Kontrolle einigermaßen exakt ausgeübt werden soll, muß ein Teil der vom Vorderrichter vorgenommenen Tatsachenwürdigung der Nachprüfung des Revisionsrichters unterstehen, und so kommt Mannheim[92] und mit ihm Lauterjung[93] zu einem sehr weitgedehnten Begriff der Rechtsfrage, der von der Auffassung beherrscht wird, daß auch alle Wertungen des Rechts revisibel sein müssen.

Ihm steht Schwinge[94] gegenüber, der naturgemäß ebenfalls von der Aufgabe der Revision ausgeht, sie aber, im Gegensatz zu Mannheim, in der Wahrung der Rechtseinheit sieht[95]. Er kommt – wie auch Mannheim – zu dem Ergebnis, daß Tat- und Rechtsfrage nicht scharf zu trennen sind und bei der Feststellung der Tatfrage rechtliche Gesichtspunkte eine wesentliche Rolle spielen. Er folgert aber – im Gegensatz zu Mannheim und Grünhut[96] –, daß nicht alle

---

[90] In: GA 67/141.
[91] Revision, S. 79.
[92] Revision, S. 64/75.
[93] a. a. O., S. 47.
[94] Grundlagen des Revisionsrechts, S. 30.
[95] Er geht auf die Reformkommission zurück, die sich in ihrem Entwurf an das rheinische Kassationshofverfahren anlehnte. Lediglich wegen der in der Bundesakte von 1815 enthaltenen Garantie sei die dritte Parteiinstanz mithineingenommen worden, so daß daraus das Zwitterwesen des GVG. entstanden sei.
[96] Begriffsbildung, S. 23: „Je mehr im Gebiet der Tatsachenfeststellung juristische und allgemeine Werturteile nachgewiesen werden, um so mehr erweitert sich das Gebiet rechtlicher Würdigung und damit das Anwendungsgebiet der Revision."

Rechtsfragen revisibel seien[97], während Mannheim[97] ja jede rechtlich erhebliche Wertung der Revision unterfallen lassen will. Schwinge definiert abschließend[98]: „Der Begriff der Rechtsfrage ist also auf das zu beschränken, was von allgemein rechtsgrundsätzlicher Natur ist." Für die Frage, ob Einzelfragen – z. B. das Ermessen des Richters, der Umfang des revisiblen Gesetzes usw. – der Revision unterfallen oder nicht, führt Schwinge zutreffend aus[99]: „Bei der Unzulänglichkeit des Gesetzeswortlautes kann nur eine Besinnung auf den Zweck des Rechtsinstitutes weiterhelfen."

Bei der im vierten Kapitel festgestellten Doppelaufgabe des Reichsgerichts wird man im Interesse der Aufgabe der Rechtseinheit die Grenzen des Begriffes der Rechtsfrage – und damit den Umfang der revisiblen Normen – nicht so weit abstecken dürfen, wie Mannheim es tut; aber auch die ganz enge Begrenzung, wie sie ständig der Kassationshof vorgenommen hat und Schwinge sie vertritt, dürfte hier nicht am Platz sein, um der zweiten Aufgabe des Reichsgerichts genügen zu können, denn eine gerechte Sachentscheidung ist unter Ausschluß aller Tatsachenmomente des Einzelfalles nicht zu erzielen, wie die Darlegungen im ersten Kapitel über das Wesen des Urteils ergaben[100].

Ob aber Einzelheiten abstrakt-logisch dem Rechtsbegriff zugerechnet werden müssen, kann hier unentschieden bleiben; denn die Aufgabe des Reichsgerichts kann weder einseitig im Sinne Mannheims noch einseitig im Sinne Schwinges gefunden werden, sondern dürfte von beiden Ansichten beherrscht sein. Das Reichsgericht selbst hat sich nicht in diesen Streit eingemischt, sondern nur im Einzelfall entschieden, ob es diesen Punkt als Rechts- oder als Tatfrage ansehe. Auf die Kritik an der Praxis des Reichsgerichts ist im vierten Kapitel bereits hingewiesen worden.

### IV. Die Frage nach der grundsätzlichen Bedeutung.

Die Regelung im Reichsfinanzhof. – Die Definition für das Reichsgericht.

Fraglich ist weiterhin, wann eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung i. S. von § 137 GVG. vorliegt[101].

Die einfache Regelung, die für den Reichsfinanzhof getroffen wurde, kann für das Reichsgericht keine Anwendung finden. Während nämlich der Reichsfinanzhof nur Urteile von grundsätzlicher Bedeutung veröffentlicht, so daß dieses Moment leicht zu erkennen ist, gibt die Veröffentlichung der Reichsgerichtsurteile

---

[97] a. a. O., S. 52.

[98] a. a. O., S. 56.

[99] a. a. O., S. 62.

[100] Abschließend mag auf Schäfer, a. a. O., S. 150/151 hingewiesen werden, der folgende Leitsätze aus der Praxis entwickelt hat: 1. Nachprüfbar sind alle Rechtsnormen, einschließlich der Auslegung und des Gewohnheitsrechts; 2. nachprüfbar sind die Ermessensentscheidungen, soweit sie pflichtwidrig erscheinen; 3. Entscheidungen sind in tatsächlicher Hinsicht nachprüfbar, soweit Schlußfolgerungen im Widerspruch zu den Gesetzen der Logik (auch Erfahrungsgesetzen) gezogen werden. Er gelangt zu folgenden Leitsätzen für eine kommende Revision. Zu 1.: Er befürwortet die Beibehaltung. Zu 2.: Hier will er die Nachprüfbarkeit der Pflichtgemäßheit der Entscheidung mit Ausnahme der Strafzumessung befürworten. Zu 3.: Er spricht sich grundsätzlich für die Beibehaltung aus, will aber eine Aufhebungsmöglichkeit zugestehen, wenn das Urteil aus tatsächlichen Erwägungen heraus offenbar unbillig erscheint.

[101] § 137 stellt in seiner jetzigen Fassung eine wesentliche Stützung der Auffassung Schwinges dar, denn in ihm kommt der Gedanke der Rechtseinheitsinstanz ganz scharf zum Ausdruck.

in dieser Hinsicht keinen Anhaltspunkt. Denn dadurch, daß nicht nur die Rechtsfrage, sondern auch die ganzen Gründe abgedruckt werden, ist die Definition der entschiedenen Rechtsfrage nicht immer eindeutig. Die Überschrift, die oft den entscheidenden Rechtsgehalt des Urteils zu formulieren versucht, kann hier auch nicht als authentisch angesehen werden, denn diese Formulierung stammt von einem in die Redaktionskommission abgeordneten Mitglied des Senats, während der Senat lediglich die Veröffentlichung beschließt. Dagegen tragen alle in das Präjudizienbuch eingetragenen Rechtsfragen das Merkmal „von grundsätzlicher Bedeutung". Diese Präjudizienbücher werden von jedem Senat geführt und enthalten alle Plenarentscheidungen, Entscheidungen der Vereinigten Senate und, es dürfte jetzt hinzuzufügen sein, der Großen Senate und solche Urteile der einzelnen Senate, die „zweifelhafte und wichtige materielle oder prozessuale Rechtsfragen" zum Gegenstand haben (§ 23 GeschOrdnung).

### V. Das Merkmal „Entscheidung".

Das Gesetz vermeidet das Wort „Urteil" und setzt dafür „Entscheidung". Tatsächlich fallen unter den Begriff „Entscheidung" außer Urteilen auch die Beschlüsse und Verfügungen, so daß durch diese Fassung eine Erweiterung eintritt.

### VI. Das Merkmal „Abweichen".

Das gestatteie Abweichen von eigenen früheren Entscheidungen. – Wann liegt „die gleiche Rechtsfrage" vor? a) bei gleichem Wortlaut im gleichen, aber geänderten Gesetz, b) bei gleichem Wortlaut und verschiedenem Gesetz.

Die Schwierigkeit bei der Feststellung des „Abweichens" eines Senates von der Entscheidung eines anderen liegt in der Feststellung, ob die gleiche Rechtsfrage vorliegt.

Unstreitig ist, daß der gleiche Wortlaut nicht stets eine gleiche Rechtsfrage aufzeigt, denn das gleiche Wort kann in verschiedenen Bestimmungen einen völlig verschiedenen Sinn haben. Köhler[102] führt zu diesem Punkt zutreffend aus: „Für das Problem der Einheit der Rechtsfrage kommt es vor allem darauf an, für welches Geltungsgebiet ein in einer Entscheidung aufgestellter Satz Geltung beansprucht. Das kann das gesamte Gebiet des Rechts sein, oder das ganze Gebiet des Strafrechts, oder das Gebiet einer Gruppe von Gesetzen. Es kann auch sein das Gebiet eines Teiles eines einzelnen erlassenen Gesetzes (z. B. der Begriff des Vorteils bei der Begünstigung und Hehlerei)."

Aber auch der festgelegte Gesetzestext kann seine Wirksamkeit verlieren, und zwar durch eine grundsätzliche Änderung der Rechtsauffassung. Es wäre absolut widersinnig, wenn man dem Reichsgericht heute zumuten wollte, an einer zur Zeit des Weimarer Staates ergangenen öffentlich-rechtlichen Entscheidung festzuhalten oder ihre Abänderung durch Plenarbeschluß herbeizuführen, denn die Rechtsfrage kann hier gar nicht die gleiche sein, weil der ganze Sinn der Bestimmung sich völlig gewandelt hat – obwohl der Text vielleicht derselbe geblieben ist, denn damit hat sich die Vorschrift selbst gewandelt[103]. Es ist hier die gleiche Entscheidung zu treffen wie in dem, in der Literatur unbestrittenen Fall der Gesetzesänderung im Wortlaut, denn die Änderung des Inhaltes des Gesetzes

[102] Plenarentscheidungen, S. 160.

[103] Auf dem gleichen Standpunkt stehen Dohna in: JW. 32/1269; Hellwig in: DJZ. 01/347 u. RG. in: DJZ. 35/1047.

muß als entscheidend angesehen werden und nicht die Änderung oder Nichtänderung des Buchstabens.

Bei einer Änderung des Wortlautes eines Gesetzes bestand von jeher Einigkeit[104], daß das Reichsgericht nicht an die auf Grund des alten Gesetzes erlassenen Entscheidungen gebunden sei, selbst dann, wenn die betreffende Stelle des Gesetzes nicht geändert wurde.

Im Falle des Außerkrafttretens des Gesetzes hat das Reichsgericht eine interessante und zu billigende Entscheidung gefällt[105], die die Betonung des öffentlich-rechtlichen Charakters der Plenarentscheidung zeigt: Da das Gesetz inzwischen außer Kraft getreten sei und damit Fälle nicht mehr vor die unteren Gerichte kommen könnten, habe eine Plenarentscheidung keinen Wert mehr. Ob dieser Fall im Sinne der alten oder der jetzigen Auffassung entschieden werde, könne im allgemeinen Interesse unbeachtet bleiben und damit sei eine Gesamtentscheidung nicht erforderlich.

## VII. Die innerdienstliche Anfrage.

Sehr umstritten ist die „innerdienstliche Anfrage" der Senate untereinander. Will ein Senat von der Entscheidung eines anderen abweichen, so fragt er dienstlich an, ob der Senat seine Ansicht jetzt noch aufrechterhalte. Verneint der Senat die Frage, so weicht der andere Senat von der früheren Entscheidung ohne Anrufung des Plenums ab, da sich in diesem Fall keine divergierenden Meinungen innerhalb des Gerichtes mehr gegenüberstehen. Das Verfahren ist m. E. einwandfrei[106], denn dem Senat steht es frei, seine Meinung zu korrigieren. Ob er dies in einem ihm selbst vorliegenden neuen Falle oder auf eine Anfrage hin tut, kann gleichbleiben[107].

Gibt der alte Senat seine Entscheidung aber auf, so liegt keine Divergenz zwischen den Auffassungen vor und eine Plenarentscheidung wäre überflüssig.

Die Kritik beschränkt sich daher auch hauptsächlich auf die rechtspolitische Erwägung, daß diese Praxis der Rechtsberechenbarkeit Abbruch täte.

Es ist aber schon oben dargelegt, daß die Rechtsberechenbarkeit nicht Hauptziel einer Rechtsprechungstätigkeit sein kann. Es kann nicht gebilligt werden, diese Auffassung als maßgebendes rechtspolitisches Ziel anzusehen und darauf die Kritik zu begründen. Es ist dogmatisch allerdings festzustellen, daß damit beide Senate an die neue Entscheidung gebunden sind und es dem alten Senat verwehrt ist, seine früher niedergelegte Ansicht wieder aufzugreifen oder die jetzige in anderer Weise abzuändern, denn insoweit ist er an die neue Entscheidung gebunden.

## VIII. Die fehlerhafte Praxis des Reichsgerichts bezüglich der Differenzierung der Gründe.

Ein sehr schwieriges Gebiet hat das Reichsgericht[108] betreten, als ein Senat entschied, er dürfe von der früher geäußerten abweichenden Ansicht des anderen Senats abgehen, weil diese Auffassung nur beiläufig geäußert sei und die damalige Entscheidung nicht trage.

---

[104] Vgl. Köhler, a. a. O., S. 166.

[105] In: R. 1921/459.

[106] Trotz der entgegenstehenden Meinung von Jourdan in: JW. 25/929 u. Köhler in: RGPraxis V/159.

[107] Zustimmend Schultzenstein, a. a. O.

[108] RG. in: JW. 26/2363.

Hier hat die Praxis einen sehr zweifelhaften Weg beschritten, denn, ob eine Rechtsfrage ein Urteil trägt oder nicht, ist u. E. sehr schwer zu entscheiden[109].

Wenn es auch im Einzelfall vorkommen dürfte, daß ein Senat eine nicht zur Entscheidung gehörende Rechtsfrage mit erörtert, so wird dieser Fall relativ selten eintreten, denn eine rein theoretische Erörterung wird das Reichsgericht bei seiner Arbeitslast weitgehend vermeiden, so daß der Nachweis, eine behandelte Frage sei nicht zur Stützung der alten Entscheidung erfolgt, selten gelingen dürfte.

Außerdem ist die geäußerte und veröffentlichte Ansicht des Senates nicht auf diesem Wege aus der Welt zu schaffen. Eine abweichende Ansicht muß in einem solchen Fall mindestens auf dem Wege der Anfrage ausgetragen werden.

## IX. Die fehlerhafte Praxis des Reichsgerichts bei Erkennen des unvorschriftsmäßigen Abweichens eines anderen Senats.

Eine ebenfalls zu rügende Praxis des Reichsgerichts besteht darin, daß bei einer Verletzung des § 136 durch einen anderen Senat die darauf fußende Entscheidung als nicht ordnungsgemäß bestehend angesehen und von ihr – ohne auf die Begründung einzugehen – abgewichen wird[110].

So stehen sich in einem solchen Fall dauernd die divergierenden Entscheidungen gegenüber, ohne daß eine Klärung erfolgt; es tritt also gerade der Zustand ein, der durch die Vorschriften der §§ 136 ff. vermieden werden soll.

## X. Das Merkmal „anderer Senat".

Die Numerierung als Kennzeichen. – Die Übernahme einer Materie. – Der Wechsel im Senatsvorsitz. – Die Behandlung aufgehobener Senate.

Das Auffinden des Merkmales „anderer Senat" erscheint einfach, aber auch hier bestehen Schwierigkeiten in der Auslegung.

Die Numerierung der Senate kann allein die Lösung nicht bringen. Denn die Senate haben häufig ihr Aufgabengebiet gewechselt, so daß beispielsweise die Materie des II. Senates anschließend vom III. verwaltet wurde, und es kann daher nicht auf die mehr zufällige Numerierung an sich ankommen, die ein rein formal-äußerliches Moment darstellt.

Gefördert wird ein Eigenleben des Senats, wenn ihm eine bestimmte Materie ausschließlich übertragen wird. Im übrigen versuchen die Senatspräsidenten eine Tradition in ihrem Senat zu erhalten. In erster Linie wird daher auch auf diese Tätigkeit der Präsidenten die konstante Rechtsprechung der Senate zurückzuführen sein.

Ein anderer Senat liegt also wohl dann vor, wenn entweder die Materie eines anderen Senates übernommen wird oder der Mitgliederbestand des Senates

---

[109] Für diese Praxis spricht sich Lauterjung, a. a. O., S. 63, dagegen Dispecker in: JW. 26/2363 in der Anm. zu diesem Urteil aus.

[110] Hat z. B. der III. Senat eine Entsch. des I. übersehen u. in anderer Weise entschieden, so müßte der IV. Senat, wenn ihm die gleiche Frage vorgelegt würde, den großen Senat anrufen, denn es stehen sich hier zwei Auffassungen gegenüber, und dieser Zustand wird nicht mit der Bemerkung aus der Welt geschafft, der III. Senat habe so nicht entscheiden dürfen. Er hat entschieden, und damit ist die Divergenz da und muß mit den Mitteln, die gesetzlich vorgeschrieben sind, beseitigt werden. – Vgl. den Fall in JW. 26/2363.

sich grundlegend wandelt, oder, abstrakt ausgedrückt: wenn der erkennende Senat von dem früheren nach Aufgabe und Aufbau verschieden ist[111].

Einen neuen Senat schon dann anzunehmen, wenn ein Wechsel im Vorsitz erfolgt, findet in der heutigen gesetzlichen Regelung keine Stütze, denn obwohl der Senatspräsident einen ausschlaggebenden Einfluß auf das Leben des Senates hat, wird mit seinem Fortgang der Senat als solcher nicht verändert.

Das vom Reichsgericht eingeschlagene Verfahren, von den Entscheidungen aufgehobener Senate frei abzuweichen, muß man billigen, da sich hier keine verschiedenen Meinungen mehr gegenüberstehen und so ein Erstarren in Kontroversen nicht mehr eintreten kann, obwohl auch hier wieder der Übelstand eintritt, daß durch die neue entgegengesetzte Entscheidung die alte feststehende Ansicht des Gerichtes verlassen wird, wodurch die Rechtsberechenbarkeit leidet, was gerade im Strafprozeß besonders unerfreuliche Folgen zeitigen könnte.

### C. Die Unklarheit der heutigen Lösung und ihre Ursachen.

Das Ergebnis der Untersuchungen über den heutigen Stand des Problems kann nicht befriedigen. Die Unklarheit der dem Reichsgericht gestellten Aufgabe verhindert jede eindeutige Feststellung und läßt an fast jedem behandelten Begriff Unklarheiten bestehen.

Das Ergebnis ist zwar zu bedauern, aber solange nicht zu ändern, als die für alle Begriffe gemeinsame Grundlage – die Stellung und Aufgabe des Reichsgerichts – keinen sicheren Aufbau der Lösung der Einzelfragen wegen ihrer Unbestimmtheit gestattet.

## Sechstes Kapitel: Die Kritik an der heutigen Lösung.

### A. Die Lösungsversuche vom Grundsätzlichen aus.

Die heutige Lösung des behandelten Problems hat viel Kritik erfahren, und diese erstreckt sich bei einigen Kritikern auf das ganze System, bei anderen lediglich auf die Organisation des Reichsgerichts.

Die Gerichtsorganisation kann man mit einer Pyramide vergleichen; wird die Spitze der Pyramide einer Kritik unterzogen, so sehen die einen den Fehler in der Abhängigkeit des oberen Teiles vom Unterbau, während die anderen den Unterbau wohl gelten lassen, aber einen Umbau der Spitze verlangen.

So wollen auch einige Kritiker lediglich die oberste Instanz der Gerichtsverfassung umbauen, während andere die Abhängigkeit dieser höchsten Stelle der Gerichtsverfassung von dem Unterbau als so stark empfinden, daß sie sich eine Besserung nur durch Maßnahmen vorstellen können, die sich auf die gesamte Gerichtsorganisation ausdehnen.

#### I. Die Reformvorschläge Adickes'.

Die Verkleinerung der gesamten Gerichtsorganisation durch Erweiterung der Einzelrichterzuständigkeit. – Die Lösung durch Verkleinerung des Reichsgerichts ohne Verminderung der Zuständigkeit.

Der Hauptvertreter der letzteren Ansicht ist Adickes[112], der ein kleines Gericht als einzige Garantie einer einheitlichen Rechtsprechung ansieht. Es ist ihm klar,

[111] Vgl. Lauterjung, a. a. O., S. 67.

[112] In „Grundlagen durchgreifender Justizform".

daß eine Verkleinerung des Reichsgerichts im Rahmen der heutigen Gerichtsverfassung nicht erreicht werden kann und er erstrebt daher eine völlige Umarbeitung der ganzen Gerichtsorganisation. Seine Vorschläge laufen im wesentlichen auf folgende Punkte hinaus: Die erste Instanz ist dem Einzelrichter vorzubehalten, wobei er den Unterschied Amtsgericht – Landgericht fallen lassen will und den Parteien im Zivilrecht lediglich die Berufung an das mit drei Richtern besetzte Oberlandesgericht gewähren will[113]. Im Interesse der Rechtseinheit sei in manchen Fällen – im einzelnen bringt er keine organisatorischen Vorschläge – das Reichsgericht anzurufen, das aber nur noch die Rechtsfrage zu entscheiden hätte[114]. Er kommt damit z. T. zu denselben Vorschlägen, die schon im vierten Kapitel von einzelnen Kritikern vorgebracht wurden und auf die ich hier kurz wiederholend eingehen möchte.

## II. Die Reformvorschläge zur Klarstellung der Stellung des Reichsgerichts.

Die Vertreter der Rechtseinheitsinstanz. – Die Vertreter der Oberberufungsinstanz. – Die Kritik an der Praxis des Reichsgerichts.

Diese Kritiker wollten ohne Veränderung des Unterbaues der Gerichtsverfassung die Spitzenorganisation abändern, um so die Rechtseinheit besser gewährleistet zu sehen.

Zwei Meinungen stehen sich jetzt noch hier gegenüber. Diejenigen, die die Hauptaufgabe des Reichsgerichts in der konkreten Fallentscheidung sehen, wollen die Rechtseinheit – soweit sie überhaupt hierauf Wert legen – durch die musterhaften Einzelentscheidungen des höchsten Gerichtes gesichert sehen und berufen sich in dieser Hinsicht auf das Präjudiziensystem des englischen Rechtskreises.

Ihre Kritik an dem heutigen System geht also lediglich dahin, daß dem Reichsgericht durch die Revision die Möglichkeit genommen werde, wirklich vollwertige Urteile zu erlassen und so durch Musterentscheidungen für die Rechtseinheit zu sorgen. Die Hauptvertreter dieser Ansicht sind Pagendarm[115], Sonnenschmidt[116], Mannheim[117] und Schäfer[118].

Ihnen gegenüber vertreten v. Bar[119], Pagenstecher[120], Ehlert[121] und Silberschmidt[122] die gegenteilige Auffassung, daß das Reichsgericht nur die Wahrung der Rechtseinheit durch Außerachtlassen des Einzelfalles und Beschränkung auf die reine Rechtsfrage erreichen könne. Sie meinen dies Ziel – im Gegensatz zu Adickes – ohne Umbau der Gesamtverfassung durchführen zu können, indem das Reichsgericht durch Abänderung der Revisionsvorschriften lediglich auf die Prüfung und Entscheidung der Rechtsfrage zu beschränken sei und lehnen sich mehr oder weniger stark an das französische Vorbild an[123].

---

[113] Seine Vorschläge für eine Reform der Strafjustiz sind durch die vielen Abänderungen der Gesetze in der Zwischenzeit überholt.

[114] Wobei er anscheinend nicht auf eine sehr enge Formulierung des Begriffes abstellt.

[115] a. a. O., S. 18.

[116] a. a. O., S. 40.

[117] a. a. O., S. 47.

[118] a. a. O., S. 150/151.

[119] a. a. O., S. 4/17.

[120] a. a. O., S. 13.

[121] a. a. O., S. 33.

[122] Die deutsche Rechtseinheit, S. 25.

[123] Die neue Literatur geht andere Wege. Die Denkschrift des NSRB. zur Straf-

## B. Die organisatorischen Vorschläge.

Während diese Kritiker alle einen grundsätzlichen Neubau der Spitze unserer Gerichtsorganisation fordern, glauben andere Kritiker mit rein organisatorischen Maßnahmen im Rahmen der geltenden Regelung das Ziel erreichen zu können.

Wie schon das vierte Kapitel zeigte, neigt das Reichsgericht zu einer weiten Auslegung der Revisionsvorschriften, um dem Einzelfall gerecht werden zu können, und es erscheint auch erklärlich, daß es jedem Richter widerstrebt, eine Entscheidung zu fällen, die juristisch richtig zu einem falschen Ergebnis gelangt, weil der Vorderrichter einen der strengen Revision nicht unterliegenden Fehler gemacht hat.

Diese Praxis hat dem Reichsgericht – vor allem in den Kämpfen um die Revisionssumme – denn auch heftige Angriffe der Theorie eingetragen[124], die sich z. T. auf den Standpunkt stellte, daß es lediglich dieser Praxis zuzuschreiben sei, wenn das Reichsgericht wegen seiner Überlastung gezwungen werde, durch eine sehr hohe Revisionssumme die Zahl der zu seiner Kenntnis gelangenden Fälle zu beschränken und so für eine ganze Reihe von Rechtsgebieten seine Zuständigkeit generell zu verneinen.

Diese Organisation des Revisionssummensystems verdient erwähnt zu werden, denn eine häufig und heftig erhobene Kritik sieht allein hierin den Grund der uneinheitlichen Rechtsanwendung in Deutschland.

Im Rahmen des GVG. gab es zwei Möglichkeiten, eine arbeitsfähige Spitzenorganisation zu schaffen. Beide Wege sind gegangen worden und haben die heftigste Kritik erfahren.

### I. Die Überlastung des Reichsgerichts.

Betrachten wir rein theoretisch das Spitzenorgan, so müßte es ein Gericht (ohne mehrere Senate) sein, das für alle Streitigkeiten zuständig wäre. Allein diese Regelung könnte eine wirksame Rechtseinheit garantieren. Die Praxis hat denn auch zuerst versucht, sich diesem Idealbild möglichst zu nähern und hatte eine sehr niedrige Revisionssumme und ein kleines Reichsgericht geschaffen. Bei der ständigen Überlastung des Reichsgerichts mußten die es umgebenden Schranken erhöht werden, oder anders gesagt: es mußten ihm eine größere Anzahl von Fällen entzogen werden.

Zuerst versuchte man dies zu verhindern, indem man neue Senate schuf, aber die Rechtsunsicherheit, die mit der Errichtung jedes neuen Senates erhöht wurde, verlangte hier schnell eine Begrenzung, so daß nunmehr der andere Weg beschritten werden und dem Reichsgericht Fälle entzogen werden mußten. Hierfür wählte man den Weg der Erhöhung der Revisionssumme, in der Meinung, so dem Reichsgericht aus allen Rechtsgebieten die bedeutendsten Fälle vorzulegen und an Hand dieser Entscheidungen die einheitliche Rechtsprechung zu sichern.

---

prozeßreform, 1937, verlangt eine völlige Abschaffung der gesamten Rechtsmittel im Strafprozeß; sie spricht dem Reichsgericht auch die Aufgabe, für die Einheit der Rechtsprechung zu sorgen, ab, und will diese Aufgabe anderen Instanzen übertragen. Sie sieht jedenfalls keinen Grund, das Rechtsmittel der Revision zur Erfüllung dieser Aufgabe beizubehalten. – Schäfer geht, a. a. O., S. 150/151, von der widerspruchsvollen Umgrenzung der Revision aus und kommt, von der Erkenntnis ausgehend, daß aus dem Wesen des Rechtsmittels die Aufgabe, eine einheitliche Rechtsprechung zu gewährleisten, nicht erfüllt werden könne, zu dem Ergebnis, daß die Revision sich als Fallentscheidung darstellen müsse.

[124] Vgl. Fischer in: JW. 04/307.

Die Überlastung des Reichsgerichts führte im Laufe der Zeit zu einer Revisionssumme von RM. 6000,–, während ihm im Strafrecht ganze Materien abgenommen wurden, die durch Neuaufteilung der erstinstanzlichen Zuständigkeit als Revisionsinstanz die Oberlandesgerichte erhielten oder für die ein Rechtsmittel überhaupt nicht vorgesehen war. Die Höhe dieser Grenze läßt aber auch im Zivilrecht die Oberlandesgerichte in großem Maße Endinstanz werden und fördert so die Rechtsunsicherheit von dieser Seite her, obwohl auch das Reichsgericht in einem Umfang weiterbesteht, der eine Rechtseinheit von seiner Seite aus keineswegs verbürgen kann.

Die Kritik[125] versuchte die Einschaltung der Oberlandesgerichte als Endinstanz durch folgenden Vorschlag zu kompensieren: Es sollte ein § 122a GVG. geschaffen werden, der jedem Oberlandesgerichtssenat vorschreibt, vor dem Erlaß einer abweichenden Entscheidung einen Plenarbeschluß herbeizuführen.

Die Durchführung dieses Vorschlages hätte aber unüberwindliche Schwierigkeiten bereitet, da die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte zu wenig bekannt ist, als daß dieses System zu voller Auswirkung hätte gelangen können. Die Masse der dann zu veröffentlichenden Urteile wäre auch unübersehbar, wodurch diese Lösung in wenigen Jahren jeden praktischen Wert verlieren würde.

## II. Die Angriffe gegen die plutokratische Revisionsgrenze.

Es ist vom logischen Standpunkt nicht zu bestreiten, daß der materielle Wert des Prozeßgegenstandes der juristischen Schwierigkeit nicht proportional ist, und es ist wirklich nicht einzusehen, warum ein juristisch schwieriger Fall, der nur einen kleinen Streitwert hat, nicht der Nachprüfung unterliegen soll, während ein einfacher Fall mit einem hohen Streitwert bis an das Reichsgericht kommen kann[126]. Der Streitwert als Revisionsbegrenzung kann bei vernünftiger Überlegung tatsächlich nur als Notbehelf angesehen werden und entbehrt der inneren Berechtigung[127].

Trotzdem kann auf eine Beschränkung der Zulässigkeit der Revision aus technischen Gründen nicht verzichtet werden. Ob eine andere Begrenzung besser wäre, ist im Rahmen dieser Arbeit nicht zu untersuchen, denn die Art und der Umfang der Einschränkung der Revision kann das Problem allein nicht lösen.

Einen Versuch, die mangelnde Wirksamkeit der Vorschriften der §§ 136 ff. zu beheben, brachte die Einführung der „Großen Senate" am 28. 6. 35, durch die das sehr selten angewandte Verfahren eine größere Beliebtheit erlangen sollte[128].

Das Hilfsmittel der Großen Senate sollte nach früheren Kritiken die Unwirksamkeit der Plenarentscheidungsvorschriften beheben und durch diese neuen

---

[125] Weber in: JW. 29/2679 u. Klee in: GA. 73/281, die aber auch die Schwierigkeiten der Lösung erkennen. Hartmann in DR. 34/37 will die Vorschriften auf landesrechtliche Bestimmungen beschränken.

[126] Siehe hierzu Helm in: DR. 34/229.

[127] So forderte Stenglein schon 1897 – in: DJZ. 97/414 – die Vorprüfung der an das Reichsgericht gelangenden Sachen, etwa in der Art, wie sie die Chambres des requêtes vornehmen, um das Reichsgericht von Arbeit zu entlasten. Zustimmend Krüger in: DJZ. 28/1575, wenn auch mit einigen organisatorischen Abänderungen.

[128] Eine Lösung, die schon Levin in DJZ. 31/46 vorschlug in der Erkenntnis, daß Plenarentscheidungen wegen der großen Zahl unorientierter Stimmberechtigter leicht Zufallsentscheidungen darstellen. Siehe auch Niederding in seiner Reichstagsrede v. 12. 1. 1898.

Bestimmungen sollte die Rechtseinheit innerhalb des Reichsgerichts gesichert und damit das Problem der einheitlichen Rechtsanwendung gelöst sein[129].

Angenommen, die Großen Senate würden so häufig angerufen, daß innerhalb der Zivil- und Strafsenate eine einheitliche Rechtsanwendung entstände, so könnte dies erfreuliche Ergebnis bei dem mangelnden Umfang der Reichsgerichtsrechtsprechung keine wirklich entscheidende Bedeutung für die Lösung des Problems bringen, da neben dem Reichsgericht zu viele Endinstanzen vorhanden sind, die jede für sich – ohne die andere Spruchpraxis überhaupt zu kennen – eine ständige eigene Rechtsprechung herausbilden und durch keine Vorschrift an die des Reichsgerichts gebunden sind.

Die Würdigung der Kritiken an dem heutigen System hat aufgezeigt, wo in dem heutigen Gerichtsverfassungssystem die unüberwindlichen Schwierigkeiten zur Erzielung einer einheitlichen Rechtsprechung bestehen.

Versucht man die Lösung im Rahmen der Gerichtsorganisation, so müßte dem Reichsgericht die Nachprüfung jedes Urteils möglich sein. Die dann zu ermöglichende schrankenlose Einlegung der Revision würde dem Reichsgericht eine Arbeitslast aufbürden, die nur von einem sehr großen Gericht bewältigt werden könnte.

Jeder Senat, der am höchsten Gericht zusätzlich geschaffen wird, erhöht aber die Gefahr der Rechtsunsicherheit beträchtlich, so daß auf diesem Wege eine Einheit der Rechtsprechung nicht zu erzielen ist.

### C. Die Vorschläge, die dem Reichsgericht gerichtsfremde Aufgaben zuweisen.

Der andere oft vorgeschlagene Weg[130], durch ein besonderes Gericht die Rechtseinheit zu sichern, würde eine noch höhere Revisionssumme im Zivilrecht und ein Ausscheiden weiterer Materien im Strafrecht zur Folge haben, da die Arbeitslast dieses sehr kleinen Gerichtes nur gering bemessen werden könnte. Die Einheit würde sich dann sowohl im Zivilrecht als auch im Strafrecht auf wenige Materien beschränken, die aller Wahrscheinlichkeit nach für die Gesamtheit des Rechtslebens nicht die Bedeutung zu beanspruchen hätten, die ihnen durch diese bevorzugte Rechtsprechung gewährt würde, oder man müßte das Gericht lediglich im öffentlichen Interesse tätig werden lassen.

Damit würde man aber dem Gericht die Stellung des Kassationshofes zukommen lassen, wodurch ihm eine gutachtliche Tätigkeit aus dem Gebiet der Legislative zufallen würde, ein Vorschlag, der in der Literatur warme Befürworter gefunden hat[131]. Einen neuartigen und beachtenswerten Vorschlag brachte Zeiler 1911, als er die Schaffung eines Gerichtshofes für bindende Gesetzesauslegung vorschlug. Dieser Gerichtshof sollte von jedem angerufen werden können durch einfaches Mitteilen einer zweifelhaften Rechtsfrage. Das Gericht sollte durch Mehrheitsbeschluß die umstrittene Rechtsfrage lösen und als Anhang zum Reichsgesetzblatt veröffentlichen.

Die Umfrage, die Zeiler in der DRZ. veranstaltete, ergab ebensoviel Ablehnung wie Zustimmung. Neuerdings hat Mannheim den Zeilerschen Entwurf wieder aufgegriffen und verteidigt. Er will eine Verbesserung des Entwurfs dadurch erreichen, daß der Gerichtshof vor der eigenen Entscheidung die Streitfrage

[129] So vor allem Kohler, a. a. O., S. 159, u. Lauterjung, a. a. O., S. 90.
[130] Siehe Drews in: DJZ. 20/176.
[131] So v. Bar, a. a. O., S. 19, der Entwurf Schiffers von 1928 u. a. m.

veröffentlicht, um die Meinung anderer Sachverständiger zu hören. Zeiler schafft damit eine neue Behörde im Staat, denn wenn er auch sein Werk einen Gerichtshof nennt, so hat dies Gericht überhaupt keine richterlichen Aufgaben mehr zu erfüllen, sondern nimmt ausschließlich Funktionen der Legislative wahr, d. h. es erläßt allgemeinverbindliche Normen zur Konkretisierung des abstrakten Rechtes.

Einen Hinweis auf diese enge, auch formelle Verwandtschaft zur Legislative finden wir in der Veröffentlichung seiner Erkenntnisse im Reichsgesetzblatt.

Die Abarten dieses Vorschlages sind mit der gleichen Begründung abzulehnen.

Es ist nicht anzunehmen, daß in absehbarer Zeit dem Reichsgericht seine Gerichtsstellung genommen werden wird. M. E. muß man vielmehr davon ausgehen, daß das Reichsgericht als höchstes deutsches Gericht bestehen bleiben wird und die Aufgabe, für eine einheitliche Rechtsanwendung zu sorgen, von einer anderen Stelle aus zu lösen sein wird, eine Maßnahme, die nach der Überwindung der Lehre von der Gewaltenteilung keinen grundsätzlichen Schwierigkeiten begegnen dürfte.

## Siebentes Kapitel: Die außerdeutschen, kontinentalen Lösungsversuche.

Die deutsche Organisation hat keine Anhaltspunkte für eine erfolgversprechende Lösung gebracht. Ein Blick in die außerdeutschen Länder ergibt vielleicht einen Hinweis für die notwendige Lösung der Aufgabe.

Betrachten wir die Lösungen, die die anderen kontinentalen Staaten Europas getroffen haben, so fallen drei Staaten auf, die ein besonderes Ergebnis gefunden haben und weitgehend Vorbild für andere Staaten geworden sind.

### A. Die Regelung im totalen Staat (Italien).

Die eigenartigste Lösung hat Italien[132] gefunden, das sein oberstes Gericht in der Entwicklung des Rechtes nicht beengen will und es ihm freistellt, abweichende Entscheidungen zu fällen.

Die Lösung zeigt die der liberalistischen Staatslehre konträr entgegenstehende Auffassung des seiner selbst sicheren totalen Staates. Es darf also der I. vom III. Senat abweichen usw. Trotzdem hat sich Italien 1924 zur Errichtung des Officio dal Massimario entschlossen. Dies Büro hat die Aufgabe, den Rechtsgrundsatz aus den erlassenen Urteilen zu extrahieren und kartothekmäßig niederzulegen. Dies Institut sollte das ungewollte Abweichen der Senate untereinander verhindern, konnte aber nicht hindern, daß in der zugrunde liegenden Verkennung der hauptsächlichsten Rechtsfrage ungewollt divergierende Entscheidungen ergingen. Um hiergegen eine gewisse Sicherheit zu bekommen, wurde 1928 das Officio dal Ruolo errichtet, das jede an das oberste Gericht kommende Akte auf seine Revisibilität prüft, und die entscheidende Rechtsfrage extrahiert und zur Akte heftet. Damit ist ein ungewolltes Abweichen weitgehend ausgeschlossen, das Problem der einheitlichen Rechtsanwendung aber dennoch nicht gelöst, denn es wird keine Regelung für die anderen letztinstanzlichen Gerichte getroffen, die durch die höchstrichterlichen Entscheidungen nicht gebunden sind und läßt das bewußte Abweichen ohne Anrufen eines Plenums, um dem obersten Gericht die

[132] Siehe hierzu Mariano d'Amelio, Italien, „Der Kassationshof", in: Magnus, a. a. O., S. 238 ff.

Mitwirkung an der Rechtsentwicklung zu ermöglichen, zu, wobei die Möglichkeit der gesetzgeberischen Korrektur im Verein mit der auch die Justiz erfüllenden zielweisenden Idee vom „totalen Staat" als ausreichendes Sicherheitsmittel angesehen wird[133].

## B. Die Ideen in den Staaten der Gewaltentrennung.

### I. Die österreichische Regelung.

Österreich[134] hat im wesentlichen die gleiche Regelung wie Deutschland getroffen, hat sie aber mit einigen wesentlichen Sicherungsfaktoren versehen, um eine noch stärkere Einheit innerhalb des Gerichtes zu erzielen, obwohl die weit kleinere Richterzahl (5 Präsidenten und 22 Räte) eine natürliche Einheit schon wahrscheinlich sein läßt. 15 Mitglieder bilden den „Verstärkten Senat", dessen Entscheidungen in das Judikatenbuch eingetragen werden. Der Verstärkte Senat wird einberufen, wenn

1. Entscheidungen einzelner Senate aufgestellten Rechtsgrundsätzen widersprechen oder offenbar gesetzwidrig sind,
2. verschiedene Senate die gleiche Rechtsfrage verschieden entschieden haben, und
3. wenn ein Referent dem Präsidenten anzeigt, daß er in seinem Votum von einem Rechtsgrundsatz abweichen will.

Interessant ist bei dieser Bestimmung die außerordentliche Beachtung, die das Votum des Referenten erhält. Aber diese Regelung genügte zur Erhaltung der Rechtseinheit nicht, denn die einzelnen Senate trafen immer wieder abweichende Entscheidungen, und so wurde 1872 das Spruchrepertorium begründet, in das alle in Entscheidungen einzelner Senate enthaltenen Rechtsgrundsätze aufgenommen wurden.

Weicht ein Senat von einem im Spruchrepertorium enthaltenen Rechtsgrundsatz eines anderen Senates ab, so wird die neue Entscheidung suspendiert und der Verstärkte Senat angerufen, der dann die Entscheidung fällt.

1907 wurde gegen das unbeabsichtigte Divergieren der Senate das Evidenzbüro eingerichtet, das alle Entscheidungen vor der Ausfertigung auf ihre Vereinbarkeit mit früheren Erkenntnissen zu prüfen hat.

Um nun dem obersten Gericht die Möglichkeit, an der Rechtsentwicklung mitzuarbeiten, nicht ganz zu nehmen, wurde die Möglichkeit vorgesehen, durch eine Entscheidung eines Ausschusses von 21 Mitgliedern (einschließlich des Präsidenten) eine im Judikatenbuch eingetragene Entscheidung abzuändern.

Diese über die deutsche Regelung weit hinausgehenden Sicherungsvorschriften gelten aber nur für das Zivilrecht, während jedem Senat ein freies Abweichen in Strafrechtsfällen gestattet ist.

### II. Die tschechische Regelung.

Die Vorschriften der Tschechoslowakei[135] sind der österreichischen Regelung

[133] Ein Gedanke, der der heutigen deutschen Gerichtsverfassungsreform gleichfalls vertraut ist. Siehe Göring, in: DJZ. 34/1466 und Schäfer, a. a. O., S. 158.

[134] Siehe Dinghofer, Österreich, „Der oberste Gerichtshof", in: Magnus, a. a. O., S. 302 und Fuld, in: AöR. II/242 ff.

[135] Vgl. Vazny, Tschechoslowakei, „Das Oberste Gericht", in: Magnus, a. a. O., S. 409 ff.

nahe verwandt. Das Gericht ist mit drei Präsidenten, sieben Senatspräsidenten und vierzig Räten besetzt. Es besteht ebenfalls eine Evidenzkanzlei. Bei Aufdeckung von Widersprüchen macht das Büro dem Präsidenten Mitteilung, der die Sache an einen Großen Senat (11 Mitglieder) verweist. Möglichkeiten zur Abänderung einer solchen Entscheidung sind nicht vorgesehen.

### III. Die polnische Regelung.

Aus der gleichen Quelle hat auch Polen[136] seine Regelung geschöpft. An Stelle eines Evidenzbüros besteht dort die Einrichtung der Eintragung in ein „Buch der Rechtsgrundsätze". Will ein Senat von einem solchen Rechtsgrundsatz abgehen, so muß er die Frage den Vereinigten Zivil- oder Strafsenaten vorlegen (der sog. Kammer). Will ein Zivilsenat von einem Rechtsgrundsatz eines Strafsenates abgehen, so muß die Sache vor die allgemeine Versammlung gebracht werden.

Dieser Beschluß wird in die Bücher der Kammern eingetragen. Von einem solchen Beschluß kann nur durch einen neuen Beschluß der allgemeinen Kammer abgegangen werden.

### IV. Die ungarische Regelung.

Ungarn[137] ist eigene Wege gegangen und hat neben seinem höchsten Gerichtshof vier Rechtseinheitssenate errichtet, die getrennt nach Materien über die Vereinbarkeit neuerer Entscheidungen mit der früheren Rechtsprechung befinden. Jeder Senat besteht aus zehn Mitgliedern.

Will ein Senat von einer Entscheidung eines Rechtseinheitssenates abweichen, so ist die Sache dem Plenum vorzulegen. Das Plenum tritt auch auf Anordnung des Justizministers oder des Präsidenten der Curie zusammen. Diese Entscheidungen können nur durch eine neue Plenarentscheidung abgeändert werden und sind bis dahin bindend, ein Verfahren, das auch in Deutschland in ähnlicher Form Befürworter gefunden hat[138].

## C. Die Lösung von der Legislative her.

### I. Die französische Regelung.

Die Entwicklung in Frankreich ist von völlig anderen historischen Grundlagen ausgegangen und hat deshalb auch zu einer ganz eigenen Lösung geführt.

Der König hatte zur Kontrolle der Parlamentsbeschlüsse eine Kassationskommission errichtet, die Beschlüsse des Parlamentes, die seinem gesetzgeberischen Willen nicht entsprachen, kassierte und so für die einheitliche Rechtsanwendung und Rechtsentwicklung im Sinne des Gesetzgebers sorgte[139]. Im Anschluß an die französische Revolution wurde der Kassationshof als Gericht angesehen, behielt aber seine Aufgaben bei, wenn auch in etwas veränderter Gestalt.

Er prüfte nun nicht mehr die Parlamentsbeschlüsse direkt nach, sondern im Rahmen ihm vorgelegter bereits formulierter Rechtsfragen. Er entschied nie zur

---

[136] Siehe Sliwinsky, Polen, „Der Oberste Gerichtshof", in: Magnus, a. a. O., S. 311 ff.

[137] Vgl. v. Mendelenyi, Ungarn, „Die königliche-ungarische Curie", in: Magnus, a. a. O., S. 423 ff.

[138] Siehe Drews, in: DJZ. 20/176; Zeiler, in: GA. 66/61; Schiffer, in: Entwurf eines Gesetzes über den Rechtsgang.

[139] Vgl. Weismann, in: ZZPr. 9/169.

Sache, sondern bestätigte die Rechtsauffassung oder kassierte das Urteil, wenn er die Beantwortung der Rechtsfrage durch das Untergericht verwarf. Um aber jedes Gesetz zur Nachprüfung durch den Kassationshof gelangen zu lassen, erhielt der Justizminister das Recht, jede zweifelhafte Rechtsfrage – auch in Sachen, die an sich der Revision nicht unterlagen – vor den Kassationshof zu bringen.

Wurde vom Kassationshof die Rechtsfrage in entgegengesetztem Sinne entschieden, so blieb das Urteil trotzdem bestehen; der Kassationshof entschied also nicht einmal im Rahmen eines Prozesses, sondern interpretierte ein Gesetz in authentischer Form.

### II. Die kritische Würdigung dieser Lösung.

Trotz des abgeänderten Namens und der etwas veränderten Praxis ist der Kassationshof niemals ein Gericht geworden, sondern eine Behörde der Legislative geblieben, denn es entscheiden die Aufgaben und die Tätigkeit und nicht der Name über das Wesen und die Zugehörigkeit einer Behörde zur Legislative oder Justiz[140].

Der Kassationshof hat daher auch alles vermieden, um in einen Rechtsstreit hineingezogen zu werden und hat die gesetzlichen Vorschriften der Kassation möglichst eng ausgelegt. Aus dieser Grundeinstellung zu seiner Aufgabe wird auch die Institution der Chambre des requêtes verständlich. Nur eine wirklich zweifelhafte Rechtsfrage hat einen Anspruch auf eine authentische Interpretation, nicht eine richtig oder falsch entschiedene Sache. Es kommt bei der Prüfung durch die Chambre also lediglich auf die Frage an, ob die formuliert vorgelegte Rechtsfrage geeignet ist, verschiedene Auslegungen zu erfahren oder ob sie schon verschieden ausgelegt worden ist.

Die richtige oder falsche Entscheidung der Vorinstanz spielt in diesem Verfahren nur eine sekundäre und mittelbare Rolle, sie ist nicht Grundlage der Entscheidung durch den Kassationshof, sie kann nur Anlaß zu dieser sein.

Frankreich hat durch die Errichtung des Kassationshofes auf die Wahrung der Rechtseinheit durch ein Gericht verzichtet, und lediglich Belgien ist seinem Vorbild gefolgt.

### III. Die belgische Regelung.

Während nun aber das kleine Belgien[141] mit 18 Richtern (darunter 3 Präsidenten) auskommt, benötigt Frankreich[142] 49 – darunter ebenfalls 3 Präsidenten –, die auf einen Zivilsenat, einen Strafsenat und die Chambre des requêtes aufgeteilt sind. Gewöhnlich hat jeder Senat 11 Mitglieder, bei Meinungsverschiedenheiten im Senat werden weitere 5 hinzugezogen und in Ausnahmefällen muß eine Entscheidung durch das Plenum getroffen werden.

Es liegt in der Lehre von der Gewaltenteilung begründet, daß es der Behörde der Legislative verboten ist, einem Gericht eine Anweisung zur Entscheidung zu geben; ursprünglich konnte daher auch das untere Gericht nach der Kassation des Urteils wieder seine alte Entscheidung herstellen[143]. Da das aber zu außer-

---

[140] Siehe auch Schwinge, a. a. O., S. 42 ff., der auch auf die gleiche Auffassung Feuerbachs verweist.

[141] Siehe Muuls, Belgien, „Der Kassationshof", in: Magnus, a. a. O., S. 112 ff.

[142] Vgl. Ballot, Frankreich, „Cour de Cassation", in: Magnus, a. a. O., S. 191.

[143] Es ist interessant, daß hier anfangs der staatsrechtliche Unterschied der Stellung des Kassationshofes und der unteren Gerichte erkannt worden sein muß, denn anders läßt sich diese Freiheit der unteren gegenüber dem obersten Gericht nicht erklären.

ordentlich unerfreulichen Kontroversen in der Praxis führte, – da ja nun dieselbe Sache ständig zwischen Kassationshof und der unteren Instanz hin- und herlief, ohne daß eine Endentscheidung möglich war – so wurde bestimmt, daß die zweite Rückverweisung des Kassationshofes, die durch die Plenarversammlung erfolgen mußte, das untere Gericht binden sollte und die Rechtsauffassung des Kassationshofes dem neuen Urteil zugrunde gelegt werden müsse. Damit wurde die materielle Gewaltentrennung zwischen Legislative und Justiz aufgegeben, wenn die Schranken auch formell gewahrt blieben.

Die bemerkenswertesten Regelungen wurden aufgezählt, eine kurze Kritik erscheint am Platze.

### D. Die Brauchbarkeit der Lösungen für eine deutsche Lösung.

Die österreichische Regelung bezweckt eine weitgehende Sicherung der Einheitlichkeit innerhalb des höchsten Gerichtes, sie läßt es andererseits dabei bewenden. Das höchste Gericht trifft Fallentscheidungen und interpretiert im Rahmen der Einzelentscheidung das zweifelhafte Gesetz; die Möglichkeiten, im Rahmen dieser Vorschriften eine Rechtseinheit herzustellen und zu sichern, sind beschränkt, wie es das sechste Kapitel für die deutsche Regelung zeigte. So ist in Österreich – genau wie in Deutschland – kein Verfahren vorgesehen, um die einheitliche Behandlung nicht revisionsfähiger Fälle zu sichern; es stehen mehrere Endinstanzen nebeneinander und daher ist auch hier die Möglichkeit dauernder Kontroversen vorhanden.

Die Regelung kann also im Prinzip nicht als vorbildlich angesehen werden. Aber auch die französische Behandlung des Problems hat Mängel, die eine Übernahme als nicht empfehlenswert erscheinen lassen[144].

Wie im zweiten Kapitel dargelegt, kann der Gesetzgeber nicht jeden Einzelfall des Lebens regeln.

Welche Rechtsfrage dem einzelnen Sachverhalt zugrunde liegt, ist oft sehr schwierig zu entscheiden. Ob aber eine Gesetzes- oder Rechtsverletzung vorliegt, kann im konkreten Fall von so vielen Momenten abhängen, daß die Zusammenstellung in einer einzigen Formulierung zu umständlich und zu wenig erfolgversprechend erscheint, als daß man davon die Wirksamkeit einer Rechtseinheitsbehörde abhängen lassen könnte[145].

Soll andererseits die höchste Instanz nicht gerade der Wahrung einer guten Rechtspflege dienen, und in letzter Instanz auch noch den konkreten Fall entscheiden? Mir scheint es einen Rückschritt zu bedeuten, wenn an Stelle eines höchsten Gerichtes eine Rechtseinheitsbehörde treten würde, und ich glaube, daß man die positiven Seiten der französischen Regelung in der Frage der Rechtseinheit überschätzt im Vergleich zu den Nachteilen, die die Rechtspflege durch das Fehlen eines höchsten Gerichtes erleiden würde.

---

[144] Die Stellung eines Kassationshofes als Behörde der Legislative erkannte auch Leonhard u. lehnte aus diesem Grunde schon 1869 die Übernahme dieses Institutes in den Entwurf des GVG. ab.

[145] Einen kleinen Anhalt geben hierfür die Formulierungen der Fragen an die Geschworenen im früheren Schwurgerichtsverfahren, die eine ständige Quelle für Revisionsanträge bildeten, da aus dieser streng formulierten Frage häufig mehrere Schlüsse gezogen werden konnten.

## Achtes Kapitel: Die Lösung des anglo-amerikanischen Rechtskreises.

### A. Die historische Entwicklung der Stellung der Justiz in England.

Der anglo-amerikanische Rechtskreis hat eine ganz andere Lösung entwickelt. Dies erklärt sich aus der eigenartigen Stellung der Gerichte im Staatsverband, einer Folge der verschiedenen Verfassungen. Während in Deutschland die Gerichte durch den Verfassungskampf der Fürsten gegen die Stände und später durch den Kampf des absoluten Herrschers gegen den liberalen Staat in eine möglichst unpolitische, neutrale Staatsstellung gedrängt wurden, um sie weder zu einer Kabinetts- noch zu einer Standes- oder Klassenjustiz absinken zu lassen, war die Justiz in England durch die Vermeidung dieser Gegensätze schon früh in der Lage, aktiv politisch wirksam zu werden, was ihr im Verein mit der germanischen Rechtsidee einen fast ausschließlichen Vorsprung vor der Legislative schuf.

Das englische Recht entwickelte sich daher weit weniger durch Eingriffe und Vorschriften des Gesetzgebers, als durch die Tätigkeit der Gerichte. Das Common Law ist im wesentlichen auf Entscheidungen aufgebaut, ja, die überragende Stellung der Justiz in der Rechtsentwicklung hat sogar dazu geführt, daß die richterliche Anwendung eines Gesetzes, d. h. die Fallentscheidungen zu einem Gesetz dem Gesetz selbst vorgehen[146].

### B. Das Wesen des Präjudiziensystems.

Die richterlichen Entscheidungen müssen daher auch eine größere Beständigkeit haben, als dies in den kontinentalen Ländern erforderlich ist. Aus diesen Grundsätzen ergibt sich die Notwendigkeit, bindende Präjudizien aufzustellen. Ein Urteil wirkt also nicht nur inter partes, sondern darüber hinaus auf alle Fälle, die gleich oder sehr ähnlich gelagert später zur Kenntnis der Gerichte kommen.

Dabei ist vom Tatsächlichen abzusehen, im Gegenteil ausschließlich auf den Rechtskern der Entscheidung abzustellen.

Black umschreibt das Wesen des Präjudizes wie folgt[147]: „Wenn eine Rechtsfrage oder ein Rechtsgrundsatz einmal offiziell entschieden ist, und zwar durch den Spruch eines zuständigen Gerichtes in einem Fall, in dem diese Frage unmittelbar und notwendigerweise enthalten war, und mehr noch, wenn sie wiederholt in derselben Weise entschieden ist, wird sie nicht länger als überprüfbar und neu zu entscheiden angesehen, es sei denn in Ausnahmefällen und aus zwingenden Gründen. Das gilt für dasselbe Gericht ebenso wie für diejenigen Gerichte, die durch dessen Entscheidung gebunden sind. In der Regel wird der einmal aufgestellte Rechtssatz in allen folgenden Fällen, in denen er anwendbar ist, übernommen, ohne daß seine Richtigkeit irgendwie nachgeprüft wird."

Dieser Rechtsgrundsatz wird als „stare decisis" bezeichnet. Die große Bedeutung des einzelnen Urteils verlangt eine strenge Kontrolle. Diese kann aus dem Wesen des ganzen Systems heraus nur durch die Gerichte selbst ausgeübt werden.

Divergierende Entscheidungen sind für das englisch-amerikanische System weit schwerwiegender als für die kontinentalen Staaten, denn mit zwei divergierenden Entscheidungen bestehen zwei Rechtssätze nebeneinander, die beide absolute Geltung für die Zukunft beanspruchen.

---

[146] Vgl. de Boor, a. a. O., S. 125/126.

[147] In: Handbook of the Law of Judicial Precedents or the Science of Case Law, S. 182.

### C. Das System zur Vermeidung divergierender Entscheidungen.

Es wurde in beiden Staaten daher ein kompliziertes System der Bindung der unteren Gerichte an die oberen geschaffen, um den unteren die Möglichkeit abzuweichen, zu nehmen. Gleichzeitig wurden damit die abweichenden Urteile der Unterinstanz für nichtig erklärt. Da die Obersten Gerichte eine sehr kleine Richterzahl haben, ist dort die Einheit innerhalb des Gerichtes sehr leicht zu erhalten und sind besondere Vorschriften zur Erhaltung der Einheit innerhalb des höchsten Gerichtes nicht bekannt.

#### I. Die grundsätzliche Lösung.

Das anglo-amerikanische System vermeidet also den Fehler der meisten kontinentalen Lösungen, indem es die gesamte Justiz umfaßt und sich nicht auf eine Lösung innerhalb des höchsten Gerichtes beschränkt. Andererseits erfaßt die Lösung nicht alle Entscheidungen, denn sie erstreckt sich vollständig nur auf die Fälle, die dem höchsten Gericht vorgelegt werden, was manche Rechtsgebiete, die selten an das höchste Gericht gelangen, von dieser Einheit ausschließt.

Die Gefahr, daß mehrere gleich hohe Gerichte – in Fällen, die dem höchsten Gericht nicht vorgelegt werden können – divergierende Endentscheidungen fällen, ließe sich durch ein ausgedehntes Mitteilungssystem beseitigen, da nach den anglo-amerikanischen Rechtsregeln die ältere Entscheidung der jüngeren stets vorangehen würde.

#### II. Die Praxis und die Durchbrechung des Grundsatzes in der Praxis.

Die Einheitlichkeit des Rechtsanwendung scheint also tatsächlich durch das Präjudiziensystem gesichert. Der Schein trügt, denn tatsächlich kann das System nicht als vorbildlich angesehen werden.

Steht in einem Rechtsstreit fest, daß ein Präjudiz vorangegangen ist, so ist die Entscheidung gegeben. Ob aber ein Präjudiz vorliegt, ist eine Ermessensentscheidung des Richters, denn die Würdigung des Sachverhaltes ergibt erst die Definition der Rechtsfrage[148]. Die Praxis zeigt nun, daß sobald ein Präjudiz abgelehnt wird, der Sachverhalt leicht so konstruiert werden kann, daß das Präjudiz nicht mehr paßt, und umgekehrt, wenn ein Fall neu entschieden werden müßte, er so gebogen wird, daß er unter ein Präjudiz paßt[149].

Die Entscheidung wird also oft zugunsten oder zuungunsten des Präjudizes verschoben, eine Tatsache, die selbst in der deutschen Praxis – die ja keine Präjudizien kennt – zu beobachten ist. Auch in Deutschland wird versucht, „revisionssichere Entscheidungen" zu erzielen, d. h. solche, die einer Entscheidung des Reichsgerichts entsprechen, selbst auf die Gefahr hin, den Sachverhalt in diese Form pressen zu müssen.

Aber auch das Präjudiz an sich kann nicht schlechthin als vorbildlich betrachtet werden. Eine Rechtsnorm des Gesetzgebers entsteht nach langen Erwägungen unter Abwägung der widerstrebenden Interessen und unter Konstruierung aller möglichen Fälle. Das Präjudiz dagegen entsteht im Hinblick auf den konkret vor-

---

[148] Vgl. Wickersham, in: ABAJ. 33/329: „The problem of the judge he has pointed out is to first extract from the presidence the underlying principle, the ratio decidendi. He must then determine the path or direction along which the principle is to move and develop, if it is not to wither and die."

[149] Zu dieser Kunst des „distinguishing" siehe de Boor, a. a. O., S. 12 ff.

liegenden Fall, es darf diesen Einzelfall nicht im Hinblick auf seine späteren Auswirkungen behandeln, sondern das Gericht muß hier die gerechte Sachentscheidung fällen.

Das Gesetz kann durch den Gesetzgeber notfalls geändert werden, das Präjudiz besteht fort. Damit entstehen Vorschriften für die Rechtsanwendung, die unter neuen Gesichtspunkten, veränderten Lebensbedingungen usw. zu völlig unhaltbaren Ergebnissen führen müssen. Das Präjudiz hat nur einen geringen Raum für eine Rechtsentwicklung, es zieht ein „totes Recht" nach sich[150].

### III. Die anerkannten Ausnahmen.

Diese Tatsache ist dem amerikanischen Recht nicht unbekannt geblieben und so haben sich Erfahrungssätze gebildet, wann ein Präjudiz keine Wirkung beanspruchen darf.

Sieveking[151] führt hierzu aus:

„1. Wenn die Entscheidung vereinzelt geblieben ist und für abwegig gehalten wird.
2. Wenn die Entscheidung nicht einstimmig ergangen ist und eine zweifelhafte Frage betraf.
3. Wenn eine Entscheidung abfällig aufgenommen, d. h. häufig von Anwälten, Publikum oder anderen Gerichten kritisiert worden ist.
4. Wenn die Entscheidung offenbar falsch war, es sei denn, daß Eigentumsrechte auf sie begründet wurden.
5. Wenn die Entscheidung nur lokale Bedeutung hat und gegen sonst allmein anerkannte Rechtsregeln verstößt.
6. Wenn die Gebundenheit an ein offenbar falsches Präjudikat öffentliche Interessen gefährden würde.
7. Wenn die Befolgung ein größeres Übel darstellen würde als ein offenbares Abweichen im besonderen Fall."

Ein weiteres Moment, was gegen die Präjudizienrechtsprechung geltend gemacht werden muß, ist die Praxis, daß nur die die Entscheidung tragenden Rechtssätze als Präjudiz verwertet werden können, während die sog. „obiter dicta" keine Geltung beanspruchen können. Eine Praxis, die sich auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts gelegentlich findet und die auch dort zu unhaltbaren Unterscheidungen geführt hat[152].

## D. Die Kritik an dem System und seine Verwendbarkeit für eine deutsche Regelung.

Die oben angeführten Ausnahmen sind geeignet, die Regel des Systems außer Kraft zu setzen. Denn ob diese Voraussetzungen zum Abweichen vorliegen, bestimmt ausschließlich das Ermessen des Richters. Gesetzliche oder wiederum prä-

---

[150] Lewis, in: ABAJ. 23/77: „Plan to establish ALI". Im Gegensatz hierzu veröffentlicht das ALJ. folgende Ansicht: „The committee points out, that one feature of the Common Law is its flexibility and another is the greater fullness, with which it is possible by an examination of the decisions of the courts to express the law."

[151] In: „Die doppelte Gerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Nordamerika", S. 98.

[152] Siehe de Boor, a. a. O., S. 12; Gerland, a. a. O., S. 19; vgl. auch S. 33 dss. Arb.

judizielle Bindungen für diese Entscheidung können ihm nicht zur Seite stehen, da diese Entscheidung stets nur im Hinblick auf den Einzelfall getroffen werden kann und jeder generellen Normierung widerstrebt.

Insoweit ist also eine einheitliche Rechtsanwendung im Interesse der Rechtsentwicklung zurückgestellt und der Grundsatz damit weitgehend durchbrochen.

### I. Die Kritik am Grundsätzlichen.

Tatsächlich beruht die Einheit der Rechtsprechung im englisch-amerikanischen Rechtskreis nicht auf dem Präjudiziensystem an sich, sondern auf der Güte der beispielhaften Entscheidungen der oberen Gerichte; auf einer tatsächlichen, durch keine gesetzlichen oder präjudiziellen Bindungen erzwungenen Anerkennung dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung.

### II. Die mögliche Umarbeitung auf deutsche Verhältnisse.

Das Präjudiziensystem als solches wird in der Diskussion um eine deutsche einheitliche Rechtsprechung nur in ganz verschwindend geringem Umfang gefordert[153], indessen die Praxis, die sich im Laufe der Geltung des Präjudikatensystems gebildet hat, befürwortet, d. h. es darf nur dann von einer höchstrichterlichen Entscheidung abgewichen werden, wenn berechtigte Bedenken (ohne kasuistische Aufzählung der Einzelfälle, wie sie im amerikanischen Recht sich herausgebildet hat) gegen die Entscheidung des Reichsgerichts bestehen.

Hierzu bemerkt Mendelssohn-Bartholdy im Handbuch der Politik I/330, daß dann aber eine ganz andere Art der Veröffentlichung erfolgen müsse, denn wie das Reichsgericht zur Stellung dieser Rechtsfrage aus diesem Sachverhalt komme, sei genau so wichtig, wie die Entscheidung der Rechtsfrage an sich. Und Hedemann[154] wendet sich ebenfalls mit Recht gegen die Unmasse der veröffentlichten Entscheidungen, ein Übel, das das System der amerikanischen Rechtsprechung fast völlig zum Erliegen gebracht hat, wie ich im nächsten Kapitel zeigen werde. Er betont, daß wenige, vollständig veröffentlichte Entscheidungen ein viel besseres Bild der Rechtsprechung des Reichsgerichts gäben, als eine Unmenge unvollständig veröffentlichter Urteile.

Es bleibt aber die Frage offen, ob auf dem Wege des Präjudizienssystems überhaupt eine Lösung der deutschen Schwierigkeiten zu erreichen ist, gleich, in welcher Form und in welcher Strenge man diesen Weg des englischen Rechts beschreiten will.

Schon organisatorisch erscheint ein Beschreiten dieses Weges bei der bekannten Überlastung des Reichsgerichtes und der sehr hohen Revisionssumme, die dem Reichsgericht ganze Rechtsgebiete vorenthält, für die die Oberlandesgerichte Endinstanz sind, aussichtslos; aber auch eine Prüfung des möglichen Erfolges läßt eine Empfehlung dieses Weges nicht zu.

Wird durch die relativ geringen Fälle, die vor das Reichsgericht kommen, tatsächlich soviel Material gesammelt und in geeigneter Form bekanntgegeben, daß dadurch schon eine Rechtseinheit gewährleistet wurde?

Man müßte m. E. in gleichem Maße die Rechtsprechung der Oberlandes-

---

[153] So Radbruch, Zitelmann, David und Otto als Antwort auf die Umfrage in der DRZ. 1914 über den Zeilerschen Gesetzesvorschlag.

[154] In: LZ. 21/1.

gerichte verarbeiten, die in den meisten Fällen als Endinstanz mindestens den gleichen Beitrag wie das Reichsgericht zur Rechtsgestaltung liefern[155].

Es könnte anderenfalls jahrzehntelang eine divergierende Rechtsprechung mehrerer Oberlandesgerichte bestehen, bis schließlich ein Fall an das Reichsgericht käme und von dort die maßgebende Ansicht festgelegt würde. Es widerstrebt aber der Praxis in Deutschland – wie z. B. in England – das ältere Urteil dem jüngeren in der Wertschätzung voranzustellen. Es würde auf diesem Wege keine Vereinigung mehrerer nebeneinander stehender Oberlandesgerichtsurteile erfolgen können. Im Zweifelsfall, d. h. bei Abweichen eines Oberlandesgerichts von einem Urteil eines anderen Oberlandesgerichts, das Reichsgericht anzurufen, verbietet die sowieso bestehende Überlastung des Reichsgerichts, auch läge in einer solchen Vorschrift eine gewisse Diskriminierung der Oberlandesgerichte, weshalb dieser Weg von ihnen ungern beschritten werden dürfte.

### III. Die Kritik an der Praxis des Systems.

Der Weg, über ein Präjudiziensystem zur Rechtseinheit zu kommen, ist in England und USA. fehlgeschlagen, obwohl dort grundsätzlich und organisatorisch ungleich günstigere Voraussetzungen vorlagen, als heute in Deutschland.

Das Wesen des Präjudiziensystems – von einem Einzelfall zu einer Rechtsregel zu kommen – hat sich als wenig glücklich erwiesen und den Nachteil, die Gerichte an der Rechtsentwicklung nur ganz unvollkommen beteiligen zu können, keineswegs ausgeglichen[156].

## Neuntes Kapitel: Das American Law Institute, seine Arbeit und Aufgaben.

### A. Die Geschichte des ALI.

Die Unmasse der erlassenen Entscheidungen – das ALI. schätzt 1932 allein 175 000 – brachten das System des amerikanischen Rechts an den Rand des Erliegens.

Es war den Gerichten vollständig unmöglich, sämtliche erlassenen Entscheidungen kennen zu lernen, geschweige denn durchzuarbeiten, und so wurden unbewußt eine Unmenge divergierender Entscheidungen erlassen, oft, ohne daß diese Tatsache bekannt wurde. Die Rechtssicherheit – verstanden als Rechtsberechenbarkeit –, die gerade im Präjudiziensystem ihre größtmögliche Auswirkung erfahren haben sollte, war entscheidend gefährdet und in der Praxis bereits weitgehend ausgeschaltet. Der Zustand, in dem sich die amerikanische Rechtspflege befand, forderte die scharfe Kritik der gesamten Rechtswahrer heraus.

Bentham führt im ABAJ. 30/366 aus: „... the Common Law having by the accumulated labors of successive generations been wrought up to the highest pitch of voluminousness, indistinctness and intelligibility."

Mit dieser harten Kritik steht Bentham aber nicht allein, sondern diese Ansicht ist als Grundlage in allen Beiträgen, die zur Rechtsvereinheitlichung geliefert wurden, zu finden.

---

[155] Im Gebiet des Strafprozesses müßten auch noch der Volksgerichtshof und die Sondergerichte als Endinstanzen herangezogen werden.

[156] Für diese Auffassung spricht sich de Boor, a. a. O., S. 34 ff., dagegen Gerland, a. a. O., S. 29, aus.

Es ist bezeichnend für das amerikanische Rechtssystem, daß die Verbesserungs- und Erneuerungsbewegung von der privaten Rechtsanwaltsorganisation ausging und getragen wurde, während die staatlichen Stellen nichts unternahmen, um diesem Zusammenbruch der Rechtspflege entgegenzutreten. Im Februar 1923 erfolgte der erste Schritt zur Verwirklichung eines Planes, der in den Kreisen der führenden Rechtsanwälte der USA. entstanden war. Die Gründungsversammlung des American Law Institute erfolgte in Washington und war das Ergebnis vieler Überlegungen und Verhandlungen der Leiter der American Bar Association.

## B. Das Ziel der Arbeit des ALI.

### I. Die Beschränkung der geltenden Präjudizien auf die wertvollen Urteile.

Der zum Präsidenten gewählte Bar Wickersham führte in seinem Rückblick im Rahmen seiner Adresse an die Vollversammlung des ALI 1929 aus[157]: „We in this Institute have been striving to make the common law of the land more clear, less obscured by uncertainties and contradictions than it ever has been, so that it may be more uniformly understood throughout the nation."

Im gleichen Sinne führte der Direktor des Institutes Lewis aus[158]: „We selected as our task the clarification, and as far as practicable, the simplification of the common law through its restatement." Und weiter[159]: „The function of the Institute is to state clearly and precisely in the light of the decisions the principles and rules of the common law. Furthermore, though the Institute in this Restatement is not engaged in reforming law by giving an authoritative statement of the rules of that great body of law which we lawyers call ‚common', we are reducing greatly the cost of litigation and we are inevitably promoting the intelligent provement of the law." Um also die Unsumme der vorliegenden Präjudizien zu sammeln, zu ordnen und zu differenzieren, sollte das Institut die „Restatements" herausgeben.

Der Begriff des „Restatement" wird von Direktor Lewis[160] so erklärt: „The shortest way to give some idea of the nature of the „Restatement" proposed is to indicate its form as suggested by the Committee. They suggest that the law of a topic shall be reduced to principles which shall be stated with the care and precision of a well-drawn statute, though it will not be necessary, and may often not be advisable to adopt language appropriate for statutory enactement."

In „The Appendix of the second edition of „The Restatement in the Courts", 1935, gibt das American Law Institute folgende Definition des Restatement: „The object to be accomplished in restatement is the production of a clear accurate statement of the common law in its various branches. It is the purpose in making the Restatement to state the existing principles of the common law as they have been developed by the courts up to this time."

„The character of the restatement which we have in mind", say the Committee „can best be described by saying that it should be at once analytical, critical and constructive."

---

157 In: ABAJ. 1929/376.
158 In: ABAJ. 31/831.
159 In: ABAJ. 32/722.
160 In: ABAJ. 23/77.

II. Die Sichtung neu ergehender Entscheidungen und deren Beeinflussung im Sinne der „Restatements".

Es soll mit anderen Worten aus dem Riesenhaufen unbekannter und bekannter Entscheidungen eine Auswahl getroffen werden, die die Grundsätze der einzelnen Rechtsgebiete am besten und klarsten zum Ausdruck bringt und als Vorbild für alle Entscheidungen innerhalb dieser Rechtsgebiete gelten soll.

Eine gewaltige Aufgabe, wie auch der Chief Justice of the Federal Court stets betonte, die aber eine völlige Umwandlung des Rechtssystems bringen muß. Es wird durch die Restatements eine Qualifikation der Urteile durchgeführt, durch die einzelnen Urteilen der höchsten Gerichte ihr Präjudizienwert abgesprochen wird, ohne daß sie einer älteren, entgegengesetzt lautenden Entscheidung gegenüberstehen oder einen anderen Grund zur Außerkraftsetzung aufzuweisen haben, als daß sie lediglich als zu unbekannt und nicht genügend grundlegend keine Aufnahme in den Restatements finden konnten.

## C. Die Auswirkung der Arbeit des ALI.

Dieser Umbruch, der durch die Restatements im Rechtsleben der USA. erfolgt ist, wird selbstverständlich nicht in vollem Umfang von der Praxis gebilligt, d. h. die Restatements dringen mit ihrer Ansicht nicht durch, es werden weiterhin Präjudizien verwendet, deren Geltungsberechtigung die Verfasser des Restatement geleugnet haben. Diese Schwierigkeit führte schon am Anfang der Arbeit des ALI. zu der Frage nach der Durchführbarkeit der Arbeit in der Praxis. Der Gedanke, die Restatements durch die Legislative zu einem Gesetzeswerk ausgestalten zu lassen, ist daher schon früh aufgetaucht, aber aus dem ganzen Rechtsgedanken des amerikanischen Rechts heraus abgelehnt worden.

In der Gründungsversammlung 1923 wurde diese Frage bereits gestellt[161]: „Can the Restatement, no matter how well done, without being adopted by the legislature as a code, secure sufficient authority to accomplish that simplification and clarification of the law which will alone justify the time, labor and money expended?" Die Frage ist stets von der ABA. und dem ALI. bejaht worden und stets wurde betont[162], „that the Committee is opposed to the idea that the principles set forth in the Restatements shall be adopted as a code!"

Die ablehnende Ansicht geht wohl auch mit Recht von der Auffassung aus, daß es auch bei sorgfältigster Durchsicht aller Entscheidungen zu einem bestimmten Rechtsgebiet nicht möglich ist, ein abschließendes Restatement herauszubringen, sondern daß auch weiterhin Entscheidungen, die nicht im Restatement berücksichtigt wurden, eine gewisse Geltung beanspruchen müssen und andererseits Entscheidungen des Restatements nicht unbedingt ewig Gültigkeit beanspruchen dürfen. Man stützte die Autorität des Restatements also lediglich auf die Sorgfalt und Güte der Arbeit als solcher und auf das Ansehen, das die ABA. und die sonst hinzugezogenen Mitglieder des ALI. im amerikanischen Rechtsleben genießen. Ziel und Umfang der Arbeit des ALI. ist damit klargelegt, es bleibt die Organisation zu untersuchen.

---

[161] Lewis, in: ABAJ. 23/637.
[162] Lewis, in: ABAJ. 23/79.

### I. Mitgliederzahl, Mitarbeiterzahl.

Die Mitgliederzahl des ALI. ist außerordentlich klein. Sie betrug von 1923 bis 1924 nur 21, und wurde 1924 auf 33 erhöht, da man weitere Rechtsgebiete nebeneinander in Angriff nahm.

Diese Mitglieder arbeiten in kleinen Gruppen an einem Fachgebiet und ziehen zu dieser Facharbeit bezahlte Assistenten hinzu (sog. Advisers), während sie selbst ehrenamtlich arbeiten. Nach eingehender Durcharbeitung des Stoffes legen sie dem ALI. ein „tentative draft" vor, das gedruckt an alle interessierten Mitglieder der ABA. versandt (nähere Einzelheiten interessieren in diesem Zusammenhang nicht) und dann in einer Vollsitzung des ALI. diskutiert wird.

### II. Art und Inhalt der Veröffentlichungen.

Darauf erfolgt eine Umarbeitung und eine neue Vorlage als „tentative draft" oder als endgültiger Vorschlag (official volumen), die nach ihrer Billigung durch die Versammlung des ALI. als Restatement veröffentlicht werden.

Es ist hierzu aber noch zu bemerken, daß die „tentative drafts" nur einzelne Teile des Rechtsgebietes umfassen und erst nach Billigung aller „Sessions" das Restatement herausgebracht wird. So erfolgte der Versand des ersten Restatement erst 1928, also über fünf Jahre nach der Aufnahme der Arbeit im ALI.

Die Art der Veröffentlichung hat auch viele Schwierigkeiten bereitet. Nach verschiedenen Versuchen bei der Versendung der tentative drafts ist man zu folgendem Ergebnis gekommen.

Das Restatement erscheint in zwei Teilen[163]:

„a) Restatement, which shall contain principles of law, comment and illustrations,

b) accompanying treatise which parts shall be separately printed."

So hat man den Vorteil, daß das Restatement in der Praxis leicht zu handhaben ist und trotzdem der wichtige Kommentar, aus dem die Bedeutung des Restatement gegenüber einfachen Nachschlagewerken erst ersichtlich wird, miterscheint. Die Bedeutung der Restatements für das amerikanische Rechtsleben ist recht erheblich, denn schon 1929 – ein Jahr nach Erscheinen des ersten Restatements – konnte das ALI. eine ganze Reihe von Urteilen nachweisen, die das betr. Restatement als Grundlage aufwiesen. Trotzdem wird man auch in USA. wohl das gesamte Rechtssystem noch grundlegender umgestalten müssen, wenn die Schwierigkeiten, die zur Schaffung des ALI. geführt haben, behoben werden sollen, denn als Rechtsgrundlage die Unsumme der erscheinenden Urteile zu nehmen, scheint ein Weg zu sein, der von jeglicher Rechtssicherheit fortführt und das Rechtsleben der Willkür des Richters preisgibt.

## Zehntes Kapitel: Der eigene Lösungsversuch.

### A. Die grundsätzlichen Voraussetzungen der Lösung in einem kurzen Rückblick auf die Arbeit dargestellt.

Das erste Kapitel zeigte, daß es keine natürliche Einheit der Rechtsprechung aus dem Wesen der Urteilsfindung heraus gibt und daß eine Einheit aus verschiedenen Gründen wünschenswert ist.

---

[163] Vgl. ABAJ. 1927/634.

Die rechtspolitische Bedeutung der Justiztätigkeit und ihre Verwandtschaft mit der Arbeit der Legislative, wie sie das zweite Kapitel dargelegt hat, läßt eine einheitliche, rechtspolitische Lenkung der der Legislative ähnlichen Tätigkeit der Gerichte notwendig erscheinen.

Sowohl die historischen Lösungsversuche als auch die geltenden Bestimmungen konnten aus ihrer ängstlichen Beschränkung auf das höchste Gericht und ihre ausschließliche Lösung durch die Justiz kein befriedigendes Ergebnis bringen.

Die ausländischen Lösungen haben ein in vollem Umfang nachahmenswertes Ergebnis nicht gezeigt, vor allem sind das Präjudizienwesen und das Kassationssystem, die vielen Verbesserungsvorschlägen zugrunde liegen, nicht so wirkungsvoll und vorbildlich, daß mit diesen Mitteln der Bindung der Gerichte an eine Entscheidung des obersten Gerichts oder einer Behörde eine wirklich erstrebenswerte Lösung erzielt werden könnte.

### B. Die Lösung in der Akademie für Deutsches Recht.

Die gesuchte Lösung muß alle endinstanzlichen Urteile erfassen und von einem Institut aus erfolgen, das eine rechtspolitisch einwandfreie, von wissenschaftlicher Seite unangreifbare und dem Praktiker zusagende Lösung gewährleistet.

Die erste Voraussetzung verlangt eine Parteiinstanz oder jedenfalls eine Organisation, die in ganz enger Verbindung zur Partei steht, denn eine rechtspolitische Führung kann nur von der Partei ausgehen[164].

Der Totalitätsanspruch der Partei zur politischen Führung des Volkes und Staates ist unbestritten, es wäre damit aber nicht zu vereinbaren, einer Instanz außerhalb der Partei die rechtspolitische Führung der Justiz zu übertragen.

Aus dem Recht der Partei zur politischen Führung folgt auch in diesem Punkt der Anspruch zur rechtspolitischen Gestaltung der Urteilstätigkeit.

Man würde die aktivsten und berufensten Vertreter der Wissenschaft entbehren, wenn man nicht die Hochschullehrer maßgebend an dieser Aufgabe beteiligen wollte. Es muß daher eine Organisation sein, die den Dozenten unserer Universitäten die Möglichkeit zur nutzbringenden Anwendung ihrer Forscherarbeit bietet. Es würde drittens die Gefahr einer einseitig-wissenschaftlichen Betrachtungsweise gegeben sein, wenn man die Praktiker von dieser für sie äußerst wichtigen Aufgabe ausschließen wollte.

Auch sie müssen im Hinblick auf die Einheit der Rechtsprechung – zusammen mit den Wissenschaftlern der Hochschulen und den Politikern der Bewegung – an der Gestaltung der deutschen Rechtspraxis arbeiten.

#### I. Das Wesen und die Aufgabe der Akademie für Deutsches Recht.

Diese drei Gruppen unseres Rechtslebens sind heute in der Akademie für Deutsches Recht bereits zur Arbeit am deutschen Recht zusammengefaßt.

Ähnlich wie das ALI. müßte die Akademie für Deutsches Recht eine Sammlung und Sichtung der Urteile vornehmen und die nach ihrer Auffassung maßgebenden veröffentlichen; andererseits ihrer Auffassung nach falsche Urteile mit seiner Stellungnahme versehen und auf die fehlerhafte Beurteilung des Gesetzes durch das Gericht hinweisen, eine Arbeit, die dem ALI., das sich vorerst mit der

[164] Siehe hierzu auch die Denkschrift des NSRB. zu dem Entwurf eines Strafprozeßrechts.

Liquidation der Vergangenheit beschäftigen muß, nicht erspart bleiben wird, wenn seine ganze Arbeit nicht umsonst getan sein soll.

Es fragt sich, ob die Akademie für Deutsches Recht diese Arbeit im Rahmen der ihr bisher gestellten Aufgaben erfüllen kann oder ob ihr eine fremde Aufgabe zugewiesen werden würde.

Im Verfolg der Ersetzung des überkommenen liberalistischen Gesetzeswerkes durch ein nationalsozialistisches Gesetz hat die Akademie vorerst diesen Teil einer Rechtsgestaltung in Angriff genommen und in den Vordergrund ihrer Satzung gestellt.

Diese Satzung stellt als Ziel für die Arbeit der Akademie folgenden Leitsatz auf: „Die Aufgabe der Akademie für Deutsches Recht ist, die Neugestaltung des deutschen Rechtslebens zu fördern und in enger, dauernder Verbindung mit den für die Gesetzgebung zuständigen Stellen das nationalsozialistische Programm auf dem Gebiete des Rechts zu verwirklichen[165]." (§ 2 des Gesetzes über die Akademie für Deutsches Recht v. 11. 7. 34.)

In der Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1934/37 finden sich folgende Leitsätze zur Arbeit und zum Ziel der Akademie: „Es geht um kein Geringeres, als um den großen Gedanken, eine wissenschaftliche Zentralstelle zu schaffen für die Mitarbeit an der Umgestaltung und Fortbildung des deutschen Rechts im Sinne der Weltanschauung des Reiches. Als erstes Hauptmittel wird sie es ansehen, die gesetzgebenden Faktoren in ihren verantwortungsvollen Aufgaben zu unterstützen, vor allem durch Begutachtung von Gesetzentwürfen. Des weiteren wird die Akademie Wert darauf legen, eine Sammel- und Durchgangsstelle zu werden für Wünsche und Anregungen aus dem Volk und für die Kritik des Rechtslebens. Sie will nicht sein ein Faktor der Gesetzgebung, sondern nur eine Beraterin des Gesetzgebers, deren Wert auf nichts anderem, als auf dem Wert der Leistung beruhen soll[166]."

Der Umfang der Aufgabe, wie er hier gestellt ist, ist ja auch selbstverständlich in jeder Aufgabe zur Rechtsgestaltung enthalten. Es wäre eine sehr unvollkommene und der Akademie für Deutsches Recht unwürdige Aufgabe, lediglich in dem einen Punkt die Rechtsgestaltung zu führen, den wesentlichen Teil der Rechtsgestaltung innerhalb der Praxis aber eigene Wege gehen zu lassen. Wenn der ungenannt gebliebene Verfasser des oben zitierten Artikels, der aber als maßgebender Mitarbeiter angesprochen werden muß, von der „Umgestaltung und Fortbildung" spricht, so sieht er ja bereits den Unterschied einer Umbildung, wie sie als einmalige Aufgabe der heutigen Zeit gestellt worden ist, und der Fortbildung dieser Grundsätze, wie sie die Praxis ständig vornimmt und vornehmen muß! Daß auch diese Fortbildung einer rechtspolitischen Führung bedarf, ist zu selbstverständlich, als daß hierüber noch ein Wort verloren werden müßte. Wenn in den Satzungen der Akademie bereits die in dieser Arbeit entwickelte Aufgabe mit als Ziel der Akademietätigkeit aufgestellt ist, bleibt die Durchführbarkeit dieser Riesenaufgabe in organisatorischer Hinsicht zu prüfen.

### II. Die organisatorischen Bedingungen der Lösung.

Der Umfang der gestellten Aufgabe ist gewaltig. Im Zivilrecht würde von sämtlichen rechtskräftigen Urteilen des Reichsgerichts und der Oberlandesgerichte

[165] In: Gaeb, Die deutsche Rechtsfront.
[166] Im gleichen Sinne Schraut in JW. 33/2092.

eine Abschrift der Akademie für Deutsches Recht einzusenden sein, von den Strafgerichten würden das Reichsgericht, die Oberlandesgerichte, die Sondergerichte, der Volksgerichtshof, die Schwurgerichte und die Großen Strafkammern der Landgerichte eine Abschrift der rechtskräftigen Urteile der Akademie einsenden müssen.

Dort wäre ein Büro zu bilden, in dem nach oberflächlicher Prüfung die eingehenden Urteile auf die einzelnen Abteilungen der Akademie für Deutsches Recht zu verteilen wären. Die bereits bestehenden Abteilungen hätten alsdann jedes Urteil auf seine Vereinbarkeit mit den rechtspolitischen Grundsätzen und Anforderungen des heutigen Rechts zu prüfen und bei Abweichen von diesen Grundsätzen – vor allem, wenn diese bereits in anderen Urteilen zum Ausdruck gelangt sind – in einer Kritik an der Rechtsauffassung des Urteils dessen Fehler darzulegen.

Die sämtlichen kritisierten Urteile würden von den Sachbearbeitern dem Vorsitzenden der Abteilung vorzulegen sein, der die Veröffentlichung oder die einfache Übersendung an das erkennende Gericht zu bestimmen hätte.

Selbstverständlich behandelt ein Urteil nicht nur Fragen einer Abteilung der Akademie für Deutsches Recht, sondern es wird oft notwendig sein, ein Urteil in Gemeinschaft mit Sachbearbeitern anderer Abteilungen durchzuarbeiten, worin aber kaum eine grundsätzliche Schwierigkeit gesehen werden kann.

Es erscheint weder notwendig noch erwünscht, jedes Urteil mit der Kritik der Akademie für Deutsches Recht zu veröffentlichen, denn je weniger Urteile durch die in gewissem Umfang autoritative Stellungnahme der Akademie hervorgehoben, veröffentlicht werden, desto größer ist die Bedeutung und zweifellos auch die Wirkung einer solchen Veröffentlichung. Erst wenn eine abweichende Ansicht von einer Mehrzahl von Gerichten vertreten wird und vielfach Gerichte eine Rechtsfrage in rechtspolitisch fehlerhafter Weise ausgelegt und angewandt haben, wird eine Veröffentlichung wünschenswert erscheinen. Es muß der Praxis überlassen bleiben, ob vor der Veröffentlichung eine Mehrzahl von Mitgliedern zu dem Vorschlag des Vorsitzenden der betr. Abteilung zu hören ist oder nicht. Es könnte die Gefahr auftauchen, daß andernfalls die hochbedeutende Mitarbeit der Nichtjuristen – in erster Linie also der Mitglieder aus der Bewegung – nicht in ausreichendem Maße für diese Arbeit nutzbar gemacht wird. Dies ist aber eine Frage von untergeordneter Bedeutung, deren Lösung sich am besten aus der Praxis selbst ergeben wird.

### C. Schlußbetrachtung.

Diese hier vorgeschlagene Lösung würde die Arbeitsmethode, die im ALI. so erfolgreich entwickelt und angewandt worden ist, abgewandelt für die in Deutschland vorliegenden Verhältnisse, bringen. Sie beachtet die in der Lösung des ALI. nicht berücksichtigte Tatsache, daß eine Kritik und Empfehlung rechtlicher Auffassungen Rechtspolitik ist und daß diese Rechtspolitik vom Träger der Staatspolitik ausgeübt werden muß, wenn hier nicht eine Lücke klaffen soll, die eine wahre Rechtsfindung verhindert und die gestattet, die Justiz mißbräuchlich zu einem politischen Mittel zu verwenden.

Ob neben dieser Lösung die bisherige bestehen bleibt oder nicht, ist für das Ergebnis belanglos, denn ob das Reichsgericht in sich versucht, eine einheitliche Rechtsauffassung zu erzielen, ist nicht so wichtig, weil bei der geringen Auswirkung

der Möglichkeiten, die dem Reichsgericht hierfür zur Verfügung stehen, eine solche Tätigkeit nur in gewissem Umfang von Erfolg begleitet sein kann, wie die jetzige – über sechzigjährige – Praxis des Reichsgerichts zeigt.

Die vorgeschlagene Lösung sieht keine Bindung und keinen Zwang vor, sie beruht ausschließlich auf der Güte der Arbeit der Akademie für Deutsches Recht und der freiwilligen Unterordnung der Praxis unter die Führung dieser Organisation, ein Plan, der nationalsozialistisches Denken im gesamten Rechtsleben voraussetzt, um in dieser Zusammenarbeit aller Rechtswahrer die Einheit der Rechtsanwendung zu erzielen, die nicht durch ein einheitliches Gesetz zu erzielen ist, sondern nur aus dem einheitlichen nationalsozialistischen Rechtsdenken heraus erfolgen kann[167].

[167] Siehe hierzu Göring, in: DJZ. 34/1966.

## Schrifttum.


Adickes: Grundlagen durchgreifender Justizreform. Berlin 1906.

American Law Institute, Appendix of the second edition of „The Restatement in the Courts". New York 1935.

Beling: Rechtsfrage und revisionsinstanzliche Abstimmung im Strafprozeß. In: GA. 67/141.

Black: In: Handbook of the Law of judicial Precidence or the Science of Cace-Law. St. Paul 1912.

Börngen: Reformbestrebungen im Rechtsleben und der Verein „Recht und Wissenschaft". In: Schriften des Vereins Recht und Wissenschaft, Heft 1.

de Boor: Die Methode des englischen Rechts und die Deutsche Rechtsreform. In: Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Nr. 7.

Cornelius: Der Rechtsbegriff des deutschen Rechts. In: DR. 34/103.

Dahm: Bemerkungen zur Revision im Strafverfahren. In: ZStW. 54/394.

David: Zur Ausgestaltung der letzten Instanz im bürgerlichen Rechtsstreit. In: JW. 29/1625.

— Das Präjudiz. Mannheim 1925.

Dispecker: Anmerkung zu einem Reichsgerichts-Urteil. In: JW. 26/2363.

Dohna: Die neuen Eingriffe in die Strafrechtspflege. In: JW. 32/2669.

— Die Stellung des Reichsgerichts zum neuen Strafgesetzbuch. In: RGPrax. V/30.

Dorn: Rechtssicherheit und Richterspruch im Steuerrecht. In: JW. 33/289.

Drews: Grundzüge für ein Reichsgesetz betr. die Einrichtung von Spruchgerichten. In: DJZ. 20/176.

Ehlert: Die Bedeutung der Mündlichkeit im deutschen Zivilprozeß unter besonderer Berücksichtigung der Revisionsinstanz. Hamburg 1926.

Eisner: Einheitlichkeit der Rechtsprechung im Oberlandesgerichtsbezirk. In: DJZ. 28/1164.

Elster: Veränderte Auslegungen bei gleichbleibendem Gesetzestext. In: DJ. 35/144.

Fischer: Die Entlastung des Reichsgerichts und die Verbesserung der Revision in Zivilsachen. In: JW. 04/307.

Frank: Rede vor der Akademie für Deutsches Recht. ZbAfDR. 34/2.

— Die Berufung zur Rechtspolitik. In: DRZ. 33/2.

— Die Einwirkung des nationalsozialistischen Ideengutes auf das deutsche Rechtsleben. In: DRZ. 34/257.

— Der Richter im neuen Reich. In: DRZ. 33/161.

Freisler: Vom kommenden Blutbanngericht. In: DJZ. 34/585.

— Richter und Gesetz. In: VerwAkad. I, 2, 17.

— Volk, Richter und Recht. In: DJ. 35/1160.

Fuchs: Der horror pleni. In: LZ. 27/83.

Fuld: Das deutsche Reichsgericht verglichen mit den obersten Gerichtshöfen der wichtigsten Staaten. In: AöR. 2.

Gaeb, Die deutsche Rechtsfront. Hamburg 1935.

Gelbert: Das richterliche Ermessen im nationalsozialistischen Strafrecht. In: DRZ. 34/289.

Geldart: Grundzüge des englischen Rechts. Leipzig 1929.

Gerber: Staatsrechtliche Grundlinien des neuen Reiches. Tübingen 1933.

Gierke: Die historische Rechtsschule und die Germanisten. Berlin 1903.

Gloz: Das richterliche Prüfungsrecht im neuen Staat. Düsseldorf 1935.

Göring: Rede vor der Akademie für deutsches Recht: „Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft". Veröff. in den Schriften der Akad. f. d. R.

Grohé: Das Rechtsempfinden im deutschen Volk. In: DR. 34/79.

Grünhut: Begriffsbildung und Rechtsanwendung im Strafrecht. In: Recht und Staat, Bd. 41.

Hahn: Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Berlin 1879.
— Materialien zum GVG. Berlin 1879.
Hedemann: Kontroversenbekämpfung. In: LZ. 21/1.
Heinitz: Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit. Berlin 1926.
Helm: Richtertum und Nationalsozialismus. In: DRZ. 33/131.
— Was ist am deutschen Zivilprozeß kapitalistisch, liberalistisch und demokratisch? In: DR. 34/229.
Hellwig: Die Einheit der Rechtspflege. In: DJZ. 01/347.
Herschel: Staatlicher Befehl und richterliches Ermessen im neuen Reich. In: DJZ. 33/1008.
Hippel, v.: Die Krise des Rechtsgedankens. Halle 1933.
Hitler: Mein Kampf. München 1925.
Huber, M.: Ein Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung. In: GS. 80/187.
Huber, Ernst: Verfassung. Hamburg 1937.
Isay: Rechtsnorm und Entscheidung. Berlin 1929.
Jourdan: Eine unzulässige Umgehung des § 137 GVG. In: JW. 25/929.
Kelsen: Staatsform und Weltanschauung. Tübingen 1933.
Kern: Die Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit. In: DJZ. 33/656.
Köhler: Plenarentscheidungen in Strafsachen. In: RGPrax. V/159.
Koch: Kommentar zum ALR. Berlin 1890.
Koellreutter: Die politische und rechtliche Bedeutung des Rassebegriffes. In: DR. 34/77.
Kraemer: Berufung und Revision im Entwurf der ZPO. In: ZZPr. 53/111.
Kries, v.: Die Rechtsmittel des Zivilprozesses und des Strafprozesses. Breslau 1880.
Kurlbaum: Das Revisionsverfahren. In: JW. 32/1190.
Lauterjung: Die Einheit der Rechtsprechung innerhalb der höchsten Gerichte unter besonderer Berücksichtigung des RG. Breslau 1932.
Levin: Das Problem der Gerichtsverfassung. In: DJZ. 31/46.
— Probleme der Rechtsfindung. In: DRZ. 30/325.
Lewis: The American Law Institute. In: ABAJ. 23/33.
Llewellyn: Die deutsche Justiz. In: JW. 32/550.
Lühr: Darf der Richter gegen das Gesetz entscheiden? In: DRZ. 43/32.
Magnus: Die höchsten Gerichte der Welt. In: Festgabe des Deutschen Anwaltsvereins an das Reichsgericht zu dessen 50jährigem Bestehen. Leipzig 1929.
Mannheim: Beiträge zur Lehre der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße im Strafverfahren. Berlin 1925.
Mayer: Zum Aufbau des Strafprozesses. In: GS. 104/302.
Matzke: Was bedeutet die Überwindung der liberalistischen Weltanschauung für die heutige Stellung des Richters zum Strafgesetz? In: JW. 34/1609.
Müller: Die Gewaltenteilung und die Lösung ihres Problems im Dritten Reich. Berlin 1935.
Müllereisert: Juristische Dynamik. In: LZ. 33/985.
— Die Dynamik des revolutionären Staatsrechts des Völkerrechts und des Gewohnheitsrechts. Berlin 1933.
Mendelssohn-Bartholdy: Das Imperium des Richters. In: Handbuch der Politik I/330.
NSRB.: Denkschrift zum Entwurf einer Strafverfahrensordnung und eines Gerichtsverfassungsgesetzes der amtlichen Strafprozeßkommission des RJM. 1937. Berlin 1937.
Nicolai: Grundsätzliches über den Zusammenhang von Rasse und Recht. In: DR. 34/74.
— Rassengesetzliche Rechtslehre. München 1932.
Niederding: Reichstagsrede vom 12. 1. 1898.
Niethammer: Die richterliche Überzeugung als Unterlage für das Strafurteil. In: DRZ. 34/6.
Noack: Nationalsozialistische Rechtspolitik. In: JW. 34/3182.
Noetzold: Die Akademie für deutsches Recht, ihre Aufgabe und Bedeutung. In: DJZ. 34/48.
Nowiasky: Staatstypen der Gegenwart. Marburg 1934.
Ostwald: Richterkönigtum, Führergrundsatz und Rechtsgestaltung. In: DJZ. 35/440.
Otto: Antwort auf die Umfrage Zeilers. In: DRZ. 1914/108.

Pagendarm: Verstöße gegen die Denkgesetze, die Erfahrungssätze und das Ermessen als Revisionsgründe. Marburg 1928.
Pagenstecher: Die Berufung im Zivilprozeß. Mannheim 1924.
Radbruch: Antwort auf die Umfrage Zeilers. In: DRZ. 14/110.
Ritterbusch: Rechtswissenschaft und Politik. In: DJZ. 34/1361.
Richthofen, v.: Die Bedeutung des Reichsgerichts im Aufbau der deutschen Rechtspflege. In: DR. 34/483.
Roesener: Die Gesamtentscheidungen nach § 137 GVG. unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Leipzig 1912.
Rosenthal: Kulturgeschichtliche Betrachtungen für Weltleute. Leipzig 1928.
Rümelin: Rechtssicherheit. Tübingen 1924.
Rumpf: Gesetz und Richter. Berlin 1906.
Sauer: 25 Jahre Rechtsphilosophie. In: JW. 32/3739.
— Rechtsprechung und Regierung. In: DJ. 35/181.
Schäfer: Die Stellung der Revision im Strafverfahren. In: Beiträge zum Recht des neuen Deutschlands, Festschrift für Franz Schlegelberger zum 60. Geburtstag. Berlin 1936.
Scherer: Das Rechtsmittel der Revision in Zivilsachen. Jena 1913.
Schiffer: Die Rechtseinheit. In: DJZ. 31/654.
Schmidt: Zur Revision in Strafsachen. In: DRZ. 34/170.
Schmitt: Fünf Leitsätze für die Rechtspraxis. In: DR. 33/201.
— Nationalsozialistisches Rechtsdenken. In: DR. 34/226.
— Der Weg des deutschen Juristen. In: DJZ. 34/691.
— Der Hüter der Verfassung. Tübingen 1931.
Schneider: Der deutsche Richter. In: DRZ. 32/100.
Schöne: Richterliche Rechtspflege im neuen Staat. In: AöR. 25/215.
Schraut: Blutgebundenes Recht. In: DR. 34/37.
— Die Notwendigkeit der Erneuerung des Rechts. In: DR. 34/97.
— Der Richter im neuen Reich. In: DR. 34/3.
— Die Akademie für deutsches Recht. In: JW. 33/2092.
Schultzenstein: Einheit der Rechtsprechung. In: ZZPr. 18/92.
Schwarz: Bausteine zum Strafprozeß im neuen Staat. In: GS. 105/348.
Schwinge: Grundlagen des Revisionsrechts. Bonn 1935.
— Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Bonn 1930.
— Der Methodenstreit in der Rechtswissenschaft. Bonn 1930.
Schwister: Gesetz und Richteramt. In: DJZ. 34/1429.
Silberschmidt: Die deutsche Rechtseinheit. Berlin 1911.
Sonnenschmidt: Was ist von den Rechtsmitteln der Revision und der Oberrevision in dem Entwurf einer deutschen CPO. von 1872 zu halten? Berlin 1874.
Sieveking: Die doppelte Gerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Nordamerika. Hamburg 1935.
Stenglein: Die Rechtseinheit in Deutschland. In: DJZ. 97/414.
Syring: Gutachten auf dem 29. Deutschen Juristentag: „Empfiehlt sich eine Änderung des Rechtsmittels der Revision in Zivilsachen?" Berlin 1922.
Tatarin-Tarnheyden: Werdendes Staatsrecht. Berlin 1934.
Tigges: Die Stellung des Richters im absoluten Staat. Berlin 1935.
Töwe: Führertum und Rechtspflege. In: DRZ. 35/225.
Vollmer: Die Überwindung des Grundsatzes von der Dreiteilung der Gewalten. Stuttgart 1933.
Volkmar: Strafrechtspflege. In: JW. 32/1933.
Walsmann: Die Schifferschen Vorschläge zur Justizreform, Instanzenzug. In: Jud. II/64.
Weismann: Einheitliches Recht und einheitliche Rechtsprechung. In: ZZPr. 9/169.
Wickersham: The American Law Institute. In: ABAJ. 1923/30.
Wunderlich: Königlicher Richter und das Gesetz. In: DJZ. 34/10.
Zeiler: Ein Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung. Berlin 1911.
— Rechtsauskunft im Strafrecht. In: GA. 66/61.
— Eine Umfrage über den Rechtshof. In: DRZ. 14/101.
Zitelmann: Antwort auf die Umfrage Zeilers. In: DRZ. 14/111.

## Lebenslauf.

Am 17. Juni 1913 wurde ich als fünftes Kind des Kaufmannes Ernst August Warnholtz und seiner Ehefrau Ida, geb. Ruperti, zu Hamburg geboren.

Von Ostern 1919 bis Ostern 1923 besuchte ich die Vorschule des Herrn Bertram, um von da an bis Ostern 1931 die Gelehrtenschule des Johanneums zu besuchen, an der ich im Februar 1931 die Reifeprüfung bestand.

Nach siebensemestrigem Studium – davon vier in Hamburg und drei in Freiburg i. Br. – bestand ich am 5. Juni 1935 das erste juristische Staatsexamen in Hamburg und bin seitdem als Referendar tätig.

Die eingereichte Arbeit entstand im Zusammenhang mit dem Seminar von Prof. Sieverts im Wintersemester 1936/37.

Ernst Warnholtz.